Bestellung eines Fahrnispfandrechts durch den mittelbaren Besitzer.

(§ 1205 Abs. II BGB)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Rolf Witte
Gerichtsreferendar aus Vohwinkel

Marburg 1935

Druck: Joh. Hamel, Marburg.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 14. Juni 1934
Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Manigk.

Verzeichnis benutzter Schriften.

Beseler: „Abgeschwächte Zession" im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 110.
Biermann, Joh.: Sachenrecht, Berlin 1914.
Das Bürgerliche Gesetzbuch unter bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG's. III. Band, Sachenrecht, bearb. von Dr. Busch und Schliewen. 6. Auflage 1928 (RGR.-Kom.).
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Jena 1924.
Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Band, Tübingen 1905.
Dernburg, Heinrich: Sachenrecht, 4. Auflage 1908.
Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch IV. Band, 3. Aufl. 1932.
Emmerich, Hugo: Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 6. Auflage 1900.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 13. Bearb. von Nipperdey, Marburg 1931.
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, II. Band, Leipzig 1905.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von J. Gruchot, Band 53, Seite 692.
Haff: Karl: Institutionen des Deutschen Privatrechts, Band 1, Stuttgart 1927.
Herr, Rob.: Die rechtliche Bedeutung des Besitzes der Pfandsache für den Fahrnispfandgläubiger, Dissertation Leipzig 1903.
Höchstrichterliche Rechtsprechung: Beilage der Juristischen Rundschau, Bd. 33 Nr. 1013.
Jacobi, Ernst „Die Wertpapiere" in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 4. Band, I. Abtlg., Leipzig 1917.
Juristische Wochenschrift: 1904, Seite 485; 1917, Seite 359.
Klein, P.: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1915, S. 215; 1923, S. 389.
Manigk, Alfred: „Pfandrecht" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Band IV.
" „Das System der juristischen Handlungen" in Iherings Jahrbücher, Band 83.
" „Willenserklärung und Willensgeschäft (Abkürzung = WeWg.), Berlin 1907.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich, amtl. Ausgabe, Band III, Sachenrecht Berlin 1898.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB., Band III Sachenrecht, Berlin 1899.
O.L.G.E.: Entscheidungen der Oberlandesgerichte, herausgegeben v. Mugdan und Falkmann, Band 5, Seite 323; 12. Seite 138; 34, Seite 218.
Oertmann, P.: Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Berlin 1910.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III. Band Sachenrecht, bearb. v. Brodmann und Strecker, Leipzig 1920.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Band III, Sachenrecht, Berlin 1899.
Przibilla, Emanuel: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Dissertation Rostock 1907.
Das Recht: Rundschau für den Deutschen Juristenstand 1918 Nr. 1544; 1923 Nr. 350; 1926 Nr. 1109.
RGZ.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 52 Seite 385; 68 Seite 278; 79 Seite 306; 85 Seite 431; 89 Seite 291; 89 Seite 349; 141 Seite 99.
Schmidt, Rud.: „Der Pfandbesitz" im Arch. f. d. ziv. Praxis, Band 134, Tübingen 1931.
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte, Bd. 73 Nr. 226 Band 83 Nr. 48; 86 Nr. 118.
" Blätter für Rechtsanwendung, herausgegeben von Koler und Engelmann, Band 73, Seite 867.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch II. Band, Stuttgart 1929.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage 1933, 3. Band, bearbeitet von Gadow.
J. v. Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, Sachenrecht, erläutert von Dr. Karl Kober. 9. Auflage 1926.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 2. Auflage 1930.
" Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts 1913 Nr. 293; 1929 Nr. 11; 1930 Nr. 69.
Wolff, Martin: Sachenrecht, Marburg 1932.

Anordnung.

Erster Teil.

Die vertragliche Bestellung eines Fahrnispfandrechts durch Übertragung mittelbaren Besitzes.

Zweiter Teil.

Die Anzeige an den Besitzer in § 1205 II BGB.

Dritter Teil.

Besondere Fälle.

Erster Teil.

Die vertragliche Bestellung eines Fahrnispfandrechts durch Übertragung des mittelbaren Besitzes.

I. Einer der bedeutsamsten Grundsätze des deutschen Sachenrechts ist der der Erkennbarkeit dinglicher Rechte (Publizitätsprinzip). Weil diese Rechte absolute sind und daher gegenüber jedermann wirken, sollen sie möglichst auch für jedermann erkennbar sein. Das sicherste Mittel, um solche Rechte offenkundig zu gestalten, ist der Besitz des Berechtigten, indem durch die sichtbare Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft auch das dieser Herrschaft zugrunde liegende Recht nach außen hin erkennbar gemacht wird.

Demgemäß war auch das Fahrnispfandrecht des deutschen Privatrechts, die sogenannte „ältere Satzung", ein Besitzpfandrecht. Im Gegensatz hierzu kannte das spätrömische Pfandrecht, das bei der Rezeption Eingang in Deutschland fand, den Grundsatz der Erkennbarkeit nicht. Die hypotheca, sowohl an Grundstücken wie an Fahrnis, war ein durch bloßen Vertrag bestelltes Recht an fremder Sache. Sie konnte sich in dieser Gestalt indessen in Deutschland nie vollständig durchsetzen und wurde durch die spätere Partikulargesetzgebung, die wieder auf das deutschrechtliche Besitzpfand zurückgriff, nach und nach verdrängt[1]). Den letzten entscheidenden Sieg erfocht der Gedanke des Besitzpfandrechts durch den Erlaß der reichsrechtlichen Vorschriften über die Geltendmachung des Pfandrechts an beweglichen Sachen im Konkurs. In § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung vom 10. II. 1877 wurde bestimmt, daß ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung nur dann an beweglichen körperlichen Sachen bestehe, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam erlangt und behalten habe. Auf Grund dieser Bestimmung wurde das Faustpfandprinzip auch in den Teilen des Reiches angenommen, wo sich bisher noch Reste des gemeinrechtlichen Instituts der besitzlosen Fahrnishypothek erhalten hatten[2]) [3]). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dann im Anschluß an diese Entwicklung den Grundsatz der Erkennbarkeit gerade beim Pfandrecht besonders stark ausgebildet und

1) ALR. I, 20, §§ 9, 10 ADHGB. Art. 309 ff., Oester. B.G. §§ 451 ff., Code civil art. 2076, Sächs. B.G. §§ 446 ff.
2) Beispiele hierfür in Mot. III, Seite 800.
3) Eine eingehende Darstellung der historischen Entwicklung des Pfandrechts, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, gibt Manigk im Hdwtb. d. Rechtswissenschaft von Stier-Somlo, Band IV unter „Pfandrecht", ferner für das dtsch. Priv.R. Gierke, Bd. II § 169 und Haff, Bd. I § 42.

kennt daher als vertragliches Fahrnispfandrecht nur noch das Besitzpfand.

Am strengsten wird das Publizitätsprinzip dann gewahrt, wenn sich der Pfandgläubiger im unmittelbaren Alleinbesitz der Pfandsache befindet. Demgemäß fordert das Gesetz in § 1205 I für den regelmäßigen Fall der vertraglichen Pfandbestellung an einer beweglichen Sache auch außer der Einigung über die Entstehung des Rechts noch die Übergabe der Sache, also die Übertragung des unmittelbaren Alleinbesitzes an den Gläubiger. Zugleich bestimmt es in § 1253, daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger die Sache dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt, also den Besitz freiwillig aufgibt.

Der demnach zur Innehabung des Pfandrechts grundsätzlich erforderliche Besitz dient nicht allein dem Zweck, das Recht des Pfandgläubigers nach außen hin erkennbar zu machen und damit kreditbereite Dritte, die das Pfandrecht später gegen sich gelten lassen müßten, zu schützen, sondern bietet auch dem Pfandgläubiger selbst Vorteile tatsächlicher wie rechtlicher Art, sowohl gegenüber dem Eigentümer wie auch gegenüber Dritten. Er erleichtert ihm die Befriedigung und schützt ihn davor, daß der Eigentümer die Pfandsache beiseite schafft oder Verfügungen darüber vornimmt, die der Pfandgläubiger gegen sich gelten lassen müßte. Ferner bietet er ihm den Vorteil der Rechtsvermutung und die damit zusammenhängende günstige Beweislaststellung im Prozeß sowie den Besitzschutz der §§ 858 ff BGB.

II. Alles dies gilt zunächst nur für den unmittelbaren Alleinbesitz; er stellt jedoch nicht die einzige Besitzform dar, die das Gesetz kennt. Dieses läßt vielmehr aus praktischen Erwägungen und entsprechend der zunehmenden Vergeistigung des Besitzgriffs — wie man diese Erscheinung zutreffend bezeichnet hat — an Stelle des unmittelbaren Alleinbesitzes auch weniger sinnfällige Formen als Mittel zur Verfügung über dingliche Rechte genügen, die allerdings, wie bereits aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen hervorgeht, nur den Charakter von Ersatzmitteln für die regelmäßigen Formen haben. So kann auch gemäß § 1205 II BGB die Übergabe, also die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, bei der vertraglichen Pfandbestellung dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer der Pfandsache, der sich nur im mittelbaren Besitz derselben befindet, diesen auf den Gläubiger überträgt und dem unmittelbaren Besitzer die Verpfändung anzeigt. Gegenüber der an sich ähnlichen Form der Eigentumsübertragung durch Abtretung der rei vindicatio gemäß § 931 BGB bestehen hier zwei wesentliche Unterschiede. Während § 931 BGB lediglich voraussetzt, daß sich ein Dritter im Besitz der Sache befindet, gegen welchen dem Eigentümer der — im Eigentum notwendig enthaltene — Herausgabeanspruch zusteht, erfordert § 1205 II BGB, daß sich der Eigentümer im mittelbaren Besitz der

Sache befindet, da er diesen auf den Gläubiger übertragen muß. Nicht jeder Herausgabeanspruch begründet aber mittelbaren Besitz. Es kann daher nur derjenige Eigentümer eine Sache gemäß § 1205 II BGB verpfänden, dem der Besitz durch einen Besitzmittler, der seinerseits die Sache auf Grund eines der im § 868 BGB ausdrücklich aufgeführten oder eines ähnlichen Verhältnisses besitzt, vermittelt wird. Wem, wie z. B. dem bestohlenen Eigentümer, ein Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht, der mittelbare Besitz aber fehlt, kann die Sache zwar wirksam gemäß § 931 BGB übereignen, sie jedoch nicht verpfänden.

Der zweite Unterschied von der Eigentumsübertragung nach § 931 liegt darin, daß bei der Pfandrechtsbestellung als Ersatz der körperlichen Sachübergabe die Übertragung des mittelbaren Besitzes allein nicht ausreicht, sondern noch die Anzeige von der Verpfändung an den Besitzer hinzutreten muß. Obgleich die Eigentumsübertragung gegenüber der Pfandbestellung sich als weitergehende Verfügung darstellt, ist die letztere an bedeutend erschwerendere Bedingungen geknüpft. Der Grund hierfür ist einerseits darin zu erblicken, daß der Pfandgläubiger gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache in besonderem Maße schutzbedürftig ist, andererseits darin, daß das Gesetz beim Pfandrecht aus Gründen der Sicherheit des Realkreditverkehrs das Publizitätsprinzip in besonders strenger Form gewahrt wissen will, denn es muß verhindert werden, daß der Eigentümer unter Täuschung späterer Kreditgeber die gleiche Sache mehrfach verpfänden oder sich aufgrund seines scheinbar lastenfreien Eigentums Personalkredit einräumen lassen kann.

III. Inhaltlich, wenn auch noch mit etwas anderem Wortlaut, wurde die Bestimmung des heutigen § 1205 II BGB bei den Beratungen der zweiten Kommission zum 1. Entwurf festgelegt[4]). Hierbei standen dem zum Gesetz gewordenen Vorschlag zwei andere Anträge gegenüber. Der eine wollte, ähnlich der Eigentumsübertragung nach § 931 BGB, auch zur Verpfändung die bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs — ohne das Erfordernis mittelbaren Besitzes — genügen lassen, verlangte dabei allerdings auch die Erstattung einer Verpfändungsanzeige an den Besitzer. Gegenüber diesem Vorschlag wird in den Protokollen ausgeführt[5]), die Anzeige, deren Notwendigkeit wohl allgemein anerkannt wurde, könne ihren Zweck, das Pfandrecht erkennbar zu machen, nur dann erfüllen, wenn sich an sie die Rechtsfolge knüpfe, daß der Besitzer die Sache dem Pfandgläubiger herauszugeben habe. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn der Verpfänder sich im mittelbaren Besitz befinde, nicht aber

4) Der erste Entwurf verlangte für die Pfandbestellung durch einen mittelbaren Besitzer eine Anweisung an den Besitzmittler, den Besitz fortan für den Gläubiger auszuüben und dessen Erklärung, besitzen zu wollen. Der Besitzmittler konnte jedoch dieser Anweisung unverzüglich widersprechen. (§ 1147 in Verbindung mit § 804 I. Entwurf).

5) Prot. III Seite 442, 443. Mugdan Mat. III, Seite 912.

auch dann, wenn ihm lediglich der vindicatorische Eigentumsanspruch zustehe; im letzteren Falle könne ein redlicher Besitzer durch Herausgabe der Sache an einen anderen dem Eigentümer und, ungeachtet der Anzeige, auch dem Pfandgläubiger gegenüber frei werden. Damit soll wohl gesagt werden, daß das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer als solchen so locker sei, daß der darauf beruhende Herausgabeanspruch nicht als hinreichendes Ersatzmittel für den Sachbesitz angesehen werden könne. Auch würde das Gesetz das Besitzpfandprinzip durchbrochen haben, wenn es hier von dem Erfordernis des mittelbaren Besitzes abgesehen hätte.

Ein weiterer Antrag ging dahin, die Verpfändung einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache überhaupt zu untersagen, sei es durch ausdrückliches Verbot, sei es durch einfaches Weglassen einer diese Verpfändungsart regelnden Gesetzesbestimmung, und für diesen Fall lediglich die Verpfändung des Herausgabeanspruchs selbst zuzulassen. Dieser Vorschlag ging von der Erwägung aus, daß durch die Möglichkeit einer solchen Anspruchsverpfändung nach den Regeln über die Verpfändung von Rechten dem praktischen Bedürfnis bereits Genüge geschehe. Auch werde bei Zulässigkeit der vorgeschlagenen Sachverpfändung, da diese praktisch an die gleichen Voraussetzungen geknüpft sei wie die Anspruchsverpfändung, häufig nicht festzustellen sein, welche Art der Verpfändung gemeint sei. Demgegenüber wurde jedoch, wie die Protokolle berichten[6]), bei Annahme der heute geltenden Bestimmung betont, gerade das praktische Bedürfnis erfordere, daß der Eigentümer auch an den im Besitz eines Dritten befindlichen Sachen ein Faustpfandrecht begründen könne. Die bloße Möglichkeit der Verpfändung des Herausgabeanspruchs sei unzureichend, da diese dem Gläubiger kein Pfandrecht an der Sache selbst gebe und ihn daher nicht genügend gegen Pfändungen durch Gläubiger des Verpfänders sowie in dessen Konkurs sichern könne[7]).

Hierzu muß jedoch bemerkt werden, daß der Unterschied zwischen den Wirkungen der Verpfändung des Herausgabeanspruchs und denen der Verpfändung der Sache selbst für den Gläubiger praktisch garnicht so groß ist. Denn nach Fälligwerden des verpfändeten Anspruns kann er sich ja gemäß §§ 1282, 1287 BGB ein Pfandrecht an der Sache selbst verschaffen. Auch im Konkurs des Verpfänders ist er gesichert, denn er kann den verpfändeten Herausgabeanspruch gemäß §§ 4 II, 48 KO. von der Masse absondern und sich auf gleiche Weise, unabhängig vom Konkursverfahren, ein Sachpfandrecht und daraus Befriedigung verschaffen. Ein Unterschied ergibt sich lediglich für den Fall, daß die Sache bei dem unmittelbaren Besitzer von einem Gläubiger des Verpfänders gepfändet wird. Ist dem Pfandgläubiger hier nur der Herausgabeanspruch verpfändet, so muß er

6) Prot. III, Seite 442. Mugdan Mat. III, Seite 912.
7) So auch Planck § 1205 II.

das so entstandene Pfändungspfandrecht gegen sich gelten lassen, ist ihm dagegen die Sache selbst gemäß § 1205 II verpfändet, so geht sein vertragliches Pfandrecht dem Pfändungspfandrecht vor. Es ist hierbei aber in Betracht zu ziehen, daß eine solche Pfändung bei dem unmittelbaren Besitzer gemäß § 809 ZPO nur möglich ist, wenn dieser zur Herausgabe der Sache bereit ist. Da er aber durch die bei der Anspruchsverpfändung nach § 1280 BGB ebenfalls erforderliche Anzeige von der Verpfändung unterrichtet ist, würde er sich durch seine Bereitschaft zur Herausgabe der Sache dem Anspruchspfandgläubiger gegenüber verantwortlich machen; aus diesem Grunde wird er zur Herausgabe in einem solchen Falle regelmäßig nicht bereit sein. Tatsächlich ist also die Stellung des Gläubigers, dem nur der Herausgabeanspruch verpfändet ist, nicht viel schlechter, als die des im mittelbaren Besitz befindlichen Sachpfandgläubigers. Trotzdem ist die Möglichkeit der Sachverpfändung gemäß § 1205 II zu begrüßen, weil diese die Erzielung eines rechtlichen Erfolges in einfacher und unmittelbarer Weise bietet, der durch die Anspruchsverpfändung nur auf juristischen Umwegen zu erreichen wäre. Allerdings erleidet hierbei das strenge Besitzpfandprinzip durch die Zulassung auch des nur mittelbaren Besitzes als Pfandbestellungsmittel eine bedeutsame Lockerung. Das Bedenken, daß oft nicht zu erkennen sein werde, ob Sach- oder Anspruchsverpfändung gemeint sei, erscheint mir nicht stichhaltig, da sich dies regelmäßig aus dem Inhalt der Einigung mit hinreichender Deutlichkeit ergeben wird.

IV. Wie schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, stellt die Pfandbestellung nach § 1205 II nur eine Ersatzform für die regelmäßige des § 1205 I BGB dar. Und zwar erstreckt sich der Ersatz lediglich auf die für die regelmäßige Form erforderliche körperliche Sachübergabe, an deren Stelle die Übertragung des mittelbaren Besitzes und die Anzeige, also zwei rechtliche Handlungen an Stelle nur einer, treten. Es gelten daher, soweit es sich nicht gerade um die Besitzübertragung handelt, für beide Bestellungsformen grundsätzlich die gleichen Regeln. Insbesondere wird der eigentliche dingliche Pfandvertrag, die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger darüber, daß diesem das Pfandrecht zustehen soll, von dem Umstand, daß die Übergabe hier durch andere Mittel ersetzt wird, nicht weiter berührt. Über die Einigung ist daher an dieser Stelle nichts weiter zu sagen.

Die Übertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt gemäß § 870 BGB durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache. Und zwar muß der Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis, also aus Miete, Pacht, Pfandrecht oder einem ähnlichen Verhältnisse, das gemäß § 868 BGB mittelbaren Besitz zu begründen vermag, abgetreten werden. Die Abtretung des bloßen vindikatorischen Anspruchs, der dem Eigentümer als solchem gemäß § 985 BGB zusteht, genügt, wie schon erwähnt, nicht, da er den

Gläubiger nicht zum mittelbaren Besitzer machen würde. Dieser grundsätzlich gegen jeden Besitzer gerichtete Anspruch verbleibt dem Eigentümer, wird aber gegenüber dem Gläubiger und dem Besitzmittler durch deren Einrede aus dem Pfandrecht gemäß § 986 BGB entkräftet. Diese Einrede steht dem Besitzmittler deshalb zu, weil er sein Besitzrecht ja nunmehr von dem Pfandgläubiger ableitet.

Die Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgt gemäß § 398 BGB durch Vertrag zwischen Verpfänder und Gläubiger, sodaß mit Abschluß des Vertrages der Gläubiger Inhaber des Anspruchs und damit mittelbarer Besitzer der Pfandsache geworden ist. Der mittelbare Besitz ist als Unterart des Besitzes überhaupt ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, das jedoch vom Bestehen eines rein rechtlichen Verhältnisses abhängig ist. Das ist für den Übergang des mittelbaren Besitzes von Bedeutung: ein gültiger Besitzübergang setzt eine gültige Anspruchsabtretung voraus. Diese Anspruchsabtretung beruht aber auf rechtsgeschäftlichem Vertrag und unterliegt daher den gesetzlichen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen und Verträge. Sie erfordert demgemäß die Geschäftsfähigkeit des Abtretenden, sie kann auf beiden Seiten durch Stellvertreter erfolgen, ferner unter Bedingungen und Befristungen gestellt werden, unterliegt endlich den Vorschriften über Willensmängel und kann daher wegen Irrtums usw. angefochten werden. Unmittelbar gilt dies alles zwar nur für den Zessionsvertrag, damit aber indirekt auch für die hiervon abhängige Übertragung des mittelbaren Besitzes, obschon diese selbst als Gestaltung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ihrem Wesen nach ebensowenig rechtsgeschäftlicher Natur sein kann wie beispielsweise die körperliche Sachübergabe. Demgemäß braucht auch der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien bei der Übertragung des mittelbaren Besitzes lediglich auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs, nicht auch auf den Besitzübergang gerichtet zu sein[8]).

Als ein Ausfluß des Besitzpfandprinzips ist auch der Grundsatz anzusehen, daß ein vertragliches Pfandrecht nur an individuell bestimmten Sachen bestehen kann. Es kann daher an einem zwar realen, aber nur zahlen- oder quotenmäßig bestimmten Teil eines Sachinbegriffs, etwa eines Warenlagers, kein Pfandrecht bestellt werden. Daß eine solche Verpfändung nach § 1205 I BGB unmöglich ist, bedarf keiner weiteren Erklärung, da eine körperliche Übergabe notwendig individuell bestimmte Objekte voraussetzt. Hingegen ist es sehr wohl denkbar, daß, wie in einer Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 52, Seite 385 behandelt wird, der Eigentümer einer Anzahl Teertonnen, die bei einem Dritten lagern, hiervon eine bestimmte Zahl ohne nähere Bezeichnung einem Gläubiger dadurch zu verpfänden sucht, daß er sich mit ihm über die Pfandbestellung einigt, ihm den Anspruch gegen den Lagerhalter auf Herausgabe der be-

8) So auch wohl Wolff § 14 II,1.

stimmten Anzahl Tonnen abtritt und dem Lagerhalter hiervon Anzeige erstattet. Hier liegt zwar eine wirksame Anspruchsabtretung vor, denn der Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten Anzahl steht dem Eigentümer gegenüber dem Besitzmittler genau so gut zu wie der Anspruch auf Herausgabe des gesamten Bestandes, und dieser Anspruch ist auch übertragbar. Indessen vermag dieser gültig abgetretene Anspruch für den Zessionar, also den Gläubiger, keinen mittelbaren Besitz zu begründen. Denn der Besitz, auch der nur mittelbare, kann als tatsächliches Herrschaftsverhältnis nur an individuell bestimmten Sachen bestehen. An nur zahlen- oder quotenmäßig bestimmten Teilen einer Sachmehrheit ist er nicht möglich, da über solche nicht unmittelbar, sondern erst nach erfolgter Konkretisierung, also Ausscheidung oder individueller Bezeichnung, eine Sachherrschaft ausgeübt werden kann. Demgemäß ist, wie auch das Reichsgericht im vorliegenden Falle entschieden hat, hier ein Pfandrecht trotz mittelbarem Besitz des Eigentümers, Einigung, Anspruchsabtretung und Verpfändungsanzeige nicht entstanden[9]). Rud. Schmidt[10]) bemerkt gegenüber dieser Entscheidung, man dürfe hier die Entstehung des Pfandrechts nicht an einer konstruktiven Erwägung scheitern lassen. Sein Hinweis darauf, daß durch die Anzeige an den Lagerhalter, vorausgesetzt, daß dieser sich die Verpfändung merke, eine Benachteiligung des Gläubigers und eine Täuschung späterer gutgläubiger Dritter unmöglich gemacht werde, daß also praktische Bedenken gegen die Entstehung eines Pfandrechts hier nicht beständen, ist zutreffend. Indessen darf dieser Umstand m. E. nicht dazu führen, den klaren Wortlaut des Gesetzes, das eine Besitzübertragung fordert, und darüber hinaus einen der Grundbegriffe des Sachenrechts außer Acht zu lassen. Dem Gläubiger, der auf diese Weise nicht zu einem Sachpfandrecht gekommen ist, wäre nur dadurch zu helfen, daß die beabsichtigte Sachverpfändung im Wege der Konversion in eine Anspruchsverpfändung nach § 1180 BGB umgedeutet würde, was auch R. Schmidt a.a.O. hilfsweise vorschlägt. Denn der Anspruch auf Herausgabe des nur zahlenmäßig bestimmten Teils besteht ja und ist, wie schon oben erwähnt, auch abtretbar. Da auch die gemäß § 1280 erforderliche Verpfändungsanzeige vorliegt, dürften gegen die Zulässigkeit einer solchen Umdeutung keine Bedenken bestehen, sodaß der Gläubiger auf diese Weise wenigstens ein Pfandrecht an dem Herausgabeanspruch erlangen würde.

V. Dem Grundsatz des BGB., daß ein vertragliches Fahrnispfandrecht nur durch Besitzverschaffung bestellt werden kann, würde in § 1205 II schon durch das bereits behandelte Erfordernis der Übertragung des mittelbaren Besitzes Genüge geschehen. Jedoch stellt der mittelbare Besitz nur eine so stark gelockerte Form der Sach-

9) So auch RG in Warn. 1913 Nr. 293 und RGZ 52. 385.
10) „Der Pfandbesitz" im Arch. f. d. ziv. Praxis, Band 134, Seite 135.

herrschaft dar und ist gegenüber dem unmittelbaren Besitz mit solchen Schwächen behaftet, daß seine Übertragung allein zur Wahrung des Publizitätsprinzips nicht ausreicht. Um seine Mängel in etwa auszugleichen ist daher als weiteres Erfordernis einer wirksamen Pfandbestellung nach § 1205 II neben die Besitzübertragung die Anzeige an den Besitzer gestellt worden. Diese Anzeige soll, wie in den Protokollen betont wird, einen gewissen Ersatz für die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, soweit damit die Herstellung eines äußeren, das Bestehen des Pfandrechts erkennbar machenden Zustands bezweckt wird, bilden. Nun ist natürlich eine an eine bestimmte Person gerichtete Anzeige an sich wenig geeignet, ein Rechtsverhältnis nach außen hin erkennbar zu gestalten, aber der Grundsatz der Erkennbarkeit ist in unserem Recht tatsächlich schon so weit gelockert, daß das betreffende Rechtsverhältnis nicht für jedermann offenkundig zu sein braucht, sondern daß es genügt, wenn rechtlich interessierte Personen die Möglichkeit haben, das Bestehen des Rechtes zu erkennen, und daß vor allem gutgläubige Dritte geschützt werden[11]). Für das Pfandrecht an einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache ergibt sich hieraus als erste Forderung, daß dem Verpfänder die Möglichkeit genommen wird, die Pfandsache an sich zu bringen und anderweitig darüber zu verfügen. Die Übertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt, wie schon erwähnt, gemäß § 870 BGB durch die Abtretung des Herausgabeanspruches, die ohne weiteres durch bloße Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar, hier Verpfänder und Gläubiger, wirksam wird. Demnach ist an sich der Besitzmittler bereits von dem Augenblick dieser Abtretung an verpflichtet, die Sache nun nicht mehr für den Verpfänder, sondern für den Gläubiger zu besitzen und gegebenenfalls an diesen herauszugeben. Solange aber der Besitzmittler von der Verpfändung und der darin enthaltenen Abtretung nichts weiß, kann er die Sache gemäß § 407 BGB noch mit befreiender Wirkung an den Verpfänder herausgeben und wird dies, wenn der Anspruch fällig ist, auch regelmäßig tun. Er muß also möglichst rasch zuverlässige Kenntnis von der Verpfändung erhalten und diese Kenntnis wird ihm am sichersten durch die Anzeige des Verpfänders vermittelt. Hat er hierdurch Kenntnis von der Verpfändung erlangt, so kann er die Sache nicht mehr dem Eigentümer zurückgeben, ohne sich dadurch dem Pfandgläubiger gegenüber haftbar zu machen. Durch die Anzeige wird also regelmäßig verhindert, daß der Eigentümer sich rechts-

11) So wurde auch in den Kommissionsberatungen, wie die Protokolle (III Seite 444, Mugdan III Seite 913) berichten, allerdings von einer Minderheit, betont, das Erfordernis der äußeren Erkennbarkeit der Verpfändung werde zu sehr gesteigert, wenn man verlange, daß die Verpfändung jedem beliebigen Dritten erkennbar sein solle. Einen Zwecke habe das Erfordernis der Erkennbarkeit nur im Interesse solcher Personen, die ein Recht an der verpfändeten Sache erwerben wollten. Diesen Personen gegenüber sei jedoch die Verpfändung in genügender Weise ersichtlich gemacht, wenn der Verpfänder ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers die Sache nicht vorweisen könne.

widrigerweise in den Besitz der Pfandsache setzen und anderweitig darüber verfügen kann.

Weiterhin setzt die Verpfändungsanzeige aber auch den Besitzmittler in die Lage, solchen Personen, die später noch einmal Kredit auf die Sache geben wollen und sich daher bei ihm über die Rechtsverhältnisse an derselben erkundigen, Auskunft über die bereits bestehende Verpfändung zu geben, oder ihnen doch wenigstens mitzuteilen, daß dem Verpfänder der Herausgabeanspruch gegen ihn nicht mehr zustehe. Auf diese Weise werden Dritte davon geschützt, daß ihnen die bereits verpfändete Sache noch einmal verpfändet wird[12]) oder sie dem Verpfänder im Vertrauen auf sein vermeintlich lastenfreies Eigentum an der Sache ungesicherten Personalkredit einräumen[13]). Die Anzeige dient also nicht nur dem Schutze des Pfandgläubigers, sondern auch dem Schutze gutgläubiger Dritter und damit der Sicherheit des Kreditverkehrs überhaupt. Gerade durch diese Wirkung zugunsten Dritter ist sie Publizitätsmittel, denn der Sinn des Publizitätsgedankens beim Pfandrecht ist ja gerade, daß derjenige, der gegebenenfalls das Pfandrecht gegen sich gelten lassen müßte, Gelegenheit haben soll, dieses Recht auch vorher zu erkennen.

Die durch diese Zweckbestimmung bedingten Einzelheiten der Anzeige sowie ihr rechtliches Wesen sollen weiter unten (II. Teil) näher behandelt werden.

VI. Der Gläubiger, dem ein Sachpfandrecht gemäß § 1205 II BGB bestellt worden ist, erlangt hierdurch grundsätzlich die gleiche Rechtsstellung wie ein im unmittelbaren Besitz der Sache befindlicher Pfandgläubiger. Eine fühlbare Einschränkung erleidet sein Recht jedoch durch das Besitzrecht des Besitzmittlers. Denn dieses Besitzrecht geht seinem Pfandrecht auf jeden Fall vor, selbst dann, wenn er bezüglich dieses Rechtes beim Pfanderwerb gutgläubig war, indem er z.B. an eine kurzfristige Leihe glaubte, während dem Besitzmittler tatsächlich ein langfristiges Mietrecht zustand (§ 1227 i. Vbdg. m. § 986 BGB). Wer sich ein Pfandrecht gemäß § 1205 II BGB bestellen läßt, verzichtet damit überhaupt auf das an sich dem Pfandgläubiger grundsätzlich zustehende Recht auf unmittelbaren Besitz. Fühlbar wird diese Beschränkung vor allem bei der Verwertung des Pfandes. Diese kann nämlich erst dann erfolgen, wenn das Besitzmittlungsverhältnis beendet ist. Diese Beendigung liegt aber keineswegs immer in den Händen des Pfandgläubigers. Daher kann ein gemäß § 1205 II bestelltes Pfandrecht praktisch überhaupt wertlos sein, wenn das Besitzmittlungsverhältnis z. B. ein Nießbrauch oder selbst wieder ein Pfandrecht ist.

Nun wird allerdings in § 1231 bestimmt, daß ein Pfandgläubiger, der sich nicht im Alleinbesitz des Pfandes befindet, nach dem Eintritt

12) Die Frage der Gültigkeit solcher Doppelverpfändung wird unten (Teil III Abschn. 3) behandelt.

13) Auf diese Wirkung der Anzeige weist Rud. Schmidt a.a.O. Seite 130 ff besonders hin.

der Verkaufsberechtigung die Herausgabe desselben zum Zweck des Verkaufs fordern könne. Man könnte zunächst versucht sein, diese Bestimmung auf das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Besitzmittler anzuwenden, sodaß also der letztere ohne Rücksicht auf sein Besitzrecht dem Pfandgläubiger zur Herausgabe nach Eintritt der Pfandreife verpflichtet wäre. Indessen ist eine solche Anwendung von § 1231 BGB auf den Fall des § 1205 II BGB weder nach dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes statthaft. Denn § 1231 BGB will nur den Alleinbesitz, nicht notwendig auch unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers herstellen. Auch der mittelbare Besitz des § 1205 II ist aber Alleinbesitz. Aber auch schon aus dem Sinn der Vorschrift des § 1231 BGB ergibt sich, daß sie nur für das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder im Falle ihres gemeinsamen Mitbesitzes (1206 BGB) Geltung haben soll. Die Pflicht des Besitzmittlers zur Herausgabe im Fall des § 1205 II BGB richtet sich lediglich nach dem Besitzmittlungsverhältnis; der Besitzer kann die Herausgabe aufgrund seines Besitzrechts gemäß § 986 in Verbindung mit § 1227 BGB verweigern.

Der Verzicht des Pfandgläubigers auf das Recht zum unmittelbaren Besitz im Falle der Verpfändung nach § 1205 II erstreckt sich aber nur auf das Besitzmittlungsverhältnis, das, und wie es zur Zeit der Verpfändung besteht[14]). Der Verpfänder kann also dieses Verhältnis ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht etwa zu dessen Ungunsten verändern, insbesondere nicht zeitlich verlängern. Denn da er seinen Anspruch aus diesem Verhältnis an den Pfandgläubiger abgetreten hat, würde er hiermit eine Verfügung als Nichtberechtigter treffen, die diesem gegenüber unwirksam wäre. Da der Besitzmittler durch die Anzeige von der Verpfändung erfahren hat, kann er in einem solchen Falle auch keine Rechte aus gutem Glauben geltend machen.

Wir sehen also, daß der im mittelbaren Besitz befindliche Sachpfandgläubiger zwar, wie schon oben ausgeführt, eine bessere Stellung hat als der Pfandgläubiger an einem Herausgabeanspruch, daß seine Stellung jedoch bedeutend schlechter ist als diejenige dessen, der die Pfandsache in unmittelbarem Besitz hat, wenn auch die Anzeige an den Besitzmittler verschiedene Schwächen und Mängel des mittelbaren Besitzes auszugleichen vermag. Als ein gewisser Vorteil des mittelbaren Pfandbesitzers ist es noch anzusehen, daß ihn nicht die mit dem unmittelbaren Besitz verknüpfte Verwahrungspflicht nach § 1215 BGB trifft.

Die allgemeinen Erlöschungsgründe des Pfandrechts, Untergang der Forderung oder der Pfandsache, Verzicht des Pfandgläubigers, Konsolidation, Pfandverkauf oder sonstiger lastenfreier Erwerb durch einen Dritten gelten auch ohne weiteres für den Fall des mittelbaren Pfandbesitzes. Als weiteren Grund für den Untergang des

14) Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen, Seite 144.

Pfandrechtes bestimmt § 1215 BGB den Fall, daß der Pfandgläubiger die Sache dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt, wobei der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechtes ausdrücklich für unwirksam erklärt wird. Eine Rückgabe der Sache setzt notwendig unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers voraus. Indessen erscheint es notwendig, den in dieser Bestimmung zum Ausdruck gebrachten Gedanken auch auf den Fall des mittelbaren Pfandbesitzes anzuwenden. Nach dem Willen des Gesetzes soll, wie sich aus den §§ 1205 ff. BGB eindeutig ergibt, ein Pfandrecht nur durch Besitzverschaffung bestellt werden können, um durch den Besitz des Berechtigten die äußere Erkennbarkeit des Rechtes zu sichern. Diese Vorschriften über die Pfandbestellung würden jedoch ihren Zweck verfehlen, wenn es möglich wäre, vielleicht schon alsbald nach erfolgter Verpfändung, den Besitz wieder rückzuübertragen und so die erstrebte Publizitätswirkung wieder zu zerstören. Da nun das Publizitätsprinzip der Bestellungsform des § 1205 II BGB genau so zugrundeliegt wie der des § 1205 I, dürfen wir den Gedanken des § 1253 BGB auch nicht auf den Fall des § 1205 I beschränken, sondern müssen ihn sinngemäß auch auf den des § 1205 II anwenden. Rückgabe bedeutet Rückübertragung des unmittelbaren Besitzes. An die Stelle der Übertragung des unmittelbaren Besitzes treten aber in § 1205 II zwei Tatbestände, nämlich die Übertragung des mittelbaren Besitzes und die Anzeige an den Besitzer. Nur beide gemeinsam vermögen die Publizitätswirkung der körperlichen Sachübergabe zu ersetzen; beide sind daher gleich notwendig. Demgemäß müssen beide wirkungslos werden, wenn der Pfandgläubiger auch nur eine von beiden freiwillig rückgängig macht. Das Pfandrecht erlischt also, wenn der Pfandgläubiger den mittelbaren Besitz auf den Eigentümer oder den Verpfänder zurücküberträgt. Ebenso muß es aber untergehen, wenn er die Verpfändungsanzeige an den Besitzer dadurch aufhebt, daß er diesem mitteilt, das Pfandrecht bestehe nicht mehr, auch wenn es tatsächlich bis dahin noch bestanden haben sollte[15]). Denn von nun an kann der Besitzmittler die Pfandsache wieder mit befreiender Wirkung an den Verpfänder herausgeben und auch würden gutgläubige Dritte das Bestehen eines Pfandrechts nicht mehr von ihm erfahren. Diese freiwillige Vernichtung der Publizitätswirkungen der Anzeige ist daher der körperlichen Rückgabe der Sache im Sinne von § 1253 BGB gleichzusetzen.

Wirkungslos für den Bestand des Pfandrechts ist es dagegen, wenn der Besitzmittler, ungeachtet der an ihn erstatteten Anzeige, die Sache dem Eigentümer oder dem Verpfänder zurückgibt, da in diesem Fall keine rechtliche Handlung des Pfandgläubigers vorliegt, wie sie in § 1253 BGB vorausgesetzt wird; unfreiwilliger Besitzverlust des Pfandgläubigers ist unschädlich. Anders ist es aber, wenn der Besitzmittler die Sache mit seiner Zustimmung zurückgibt, denn in

15) So Rud. Schmidt a.a.O. Seite 156.

dieser Zustimmung liegt eine freiwillige Aufgabe des mittelbaren Besitzes durch den Pfandgläubiger, die das Pfandrecht gemäß § 1253 BGB zum Erlöschen bringen muß. Dasselbe muß umgekehrt für den Fall gelten, daß der Pfandgläubiger seine Zustimmung dazu gibt, daß der Verpfänder die Verpfändungsanzeige an den Besitzmittler zurücknimmt[16]). Gemäß § 409 BGB kann ja bei einer Zession, wie sie im Fall des § 1205 II bezüglich des Herausgabeanspruches vorliegt, die Anzeige an den Schuldner, hier also den Besitzmittler, nur mit Zustimmung des neuen Gläubigers, hier des Pfandgläubigers, zurückgenommen werden. Auch in dieser Zustimmung liegt eine freiwillige Aufhebung der Verpfändungsanzeige, die, wie schon oben erwähnt, wegen der damit verbundenen Zerstörung ihrer Publizitätswirkungen der Pfandrückgabe gleich zu werten ist.

VII. Wirtschaftlich ist die Möglichkeit einer Fahrnispfandbestellung durch den mittelbaren Besitzer gemäß § 1205 II nicht von allzugroßer Bedeutung, weil der Realkreditverkehr sich in überwiegendem Maße überhaupt nicht mehr des eigentlichen Fahrnispfandrechtes sondern statt dessen des üblich gewordenen Sicherungseigentums bedient, das von der Praxis mit den Wirkungen eines Pfandrechtes ausgestattet worden ist, diesem gegenüber aber die — allerdings fragwürdigen — Vorteile erleichterter Bestellung, insbesondere durch das bei der Pfandbestellung unzulässige constitutum possessorium, bietet. Innerhalb des Gebietes des Fahrnispfandrechtes spielt jedoch die Bestellung nach § 1205 II BGB noch eine nicht unbeachtliche Rolle. Von Bedeutung ist hier zunächst der Fall der Verpfändung von Kostbarkeiten und Wertpapieren, die sich in Verwahrung eines Dritten, etwa eines Stahlkammerbesitzers, befinden, der allerdings selbst unmittelbarer Besitzer der Sache sein muß, nicht lediglich Vermieter eines Schrankfachs[17]). Im letzteren Falle kommt nur eine Verpfändung durch unmittelbare Besitzübertragung, sei es zu Allein- oder Mitbesitz (§ 1206 BGB) in Frage. Die Verpfändung von eingelagerten oder verfrachteten Waren erfolgt im kaufmännischen Leben regelmäßig mittels der sog. Traditionspapiere, worüber später (Teil III) noch zu reden sein wird.

Einen wichtigen Fall der Verpfändung durch den mittelbaren Besitzer bildet die erneute Verpfändung einer bereits verpfändeten und im Besitz des ersten Pfandgläubigers befindlichen Sache. Sie erfolgt dadurch, daß nach erfolgter Einigung mit dem zweiten Gläubiger diesem der Herausgabeanspruch gegen den ersten Gläubiger abgetreten und diesem wiederum die Verpfändung angezeigt wird. Die Stellung des zweiten Gläubigers ist hier besonders ungünstig, weil er mit der Verwertung des Pfandes warten muß, bis das erste

---

16) So Rud. Schmidt a.a.O., Seite 156.
17) Für den Charakter des Schrankfachvertrages als Mietvertrag neuerdings RGZ., Band 141, Seite 99.

Pfandrecht erloschen ist, denn der erste Pfandgäubiger geht ihm im Range vor und ist gemäß § 1232 BGB daher nicht verpflichtet, ihm das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben.

Von Bedeutung ist ferner § 1205 und damit auch dessen Abs. II für den Fall der Verpfändung eines Briefgrundpfandrechtes. Hierzu ist gemäß § 1274 i. Verbindung mit §§ 1154, 1192 BGB die Übergabe des Briefes notwendig und auf die Übergabe finden die Bestimmungen der §§ 1205, 1206 BGB Anwendung. Es kann also, wenn sich beispielsweise der Grundschuldgläubiger im mittelbaren Besitze des Briefes befindet, dessen Übergabe dadurch ersetzt werden, daß dem Gläubiger der mittelbare Besitz übertragen und dem Besitzer des Briefes hiervon Anzeige erstattet wird. Auf diese Weise ist es möglich, eine hochwertige Grundschuld mehrfach zu verpfänden[18]).

Zweiter Teil.

Die Anzeige.

I. Um feststellen zu können, wie die Anzeige gemäß § 1205 II BGB beschaffen sein muß, und welchen Rechtsregeln sie unterliegt, muß zunächst ihr rechtliches Wesen untersucht und insbesondere geprüft werden, welche Stellung sie im System der juristischen Handlungen einnimmt.

Als allgemein anerkannte oberste Einteilung der rechtmäßigen Handlungen besteht diejenige in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen. Unter Rechtsgeschäften verstehen wir hierbei diejenigen Handlungen, deren Rechtswirkungen deshalb eintreten, weil sie nach dem Willen des Handelnden eben durch diese Handlung erzeugt werden sollen. Die Rechtsgeschäfte sind Akte der Privatautonomie[1]), vermittels deren das Rechtssubjekt seine privatrechtlichen Verhältnisse im Rahmen der Legalordnung selber zu gestalten vermag. Die Rechtshandlungen rufen dagegen ihre Rechtswirkungen ohne Rücksicht auf den Rechtsfolgewillen dessen, der sie vornimmt, rein ex lege hervor.

Das BGB verwendet den Begriff der Anzeige in einer großen Anzahl von Bestimmungen (so z. B. in den §§ 409, 411, 663, 665, 777, 2146 u. a.). Wie alle diese Anzeigen ist auch die des § 1205 II BGB ihrem Wesen nach eine Mitteilung. Mitteilungen finden wir sowohl bei den Rechtshandlungen als auch bei den Rechtsgeschäften. Denn auch die einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung, die ja den wesentlichen Bestandteil der meisten Rechtsgeschäfte bildet, ist eine Mitteilung des Erklärenden über seinen

18) Einen solchen Fall behandelt auch die für § 1205 II BGB bedeutungsvolle Entscheidung RGZ. 85, Seite 431, die noch mehrfach anzuführen sein wird; ebenso RG. in Warn. 29 Nr. 11 und Seuff. Arch. 83 S. 78 ff.

1) Manigk: System d. jur. Hdlgn., Seite 9, WeWg., Seite 639, Klein, Rechtshandlungen, Seite 8.

rechtsgeschäftlichen Willen. Eigentümlich ist dabei dieser Art von Mitteilungen, daß 1. der Inhalt eines Wollens mitgeteilt wird, und daß 2. dieses Wollen auf die durch die Erklärung zu bewirkenden Rechtsfolgen gerichtet ist. In das Gebiet der Rechtshandlungen gehören dagegen diejenigen Mitteilungen, in welchen zwar — wie z. B. bei der Mahnung nach § 284 BGB — auch ein Wollen mitgeteilt werden kann, dieses Wollen aber nicht auf die durch die Mitteilung zu erzeugende Rechtswirkung, sondern allein auf tatsächliche Vorgänge gerichtet ist, oder wo überhaupt kein Wollen, sondern nur die Vorstellung von einer Tatsache mitgeteilt wird, wie z. B. bei der Anzeige von der Vornahme einer Zession.

Wo das Gesetz von einer Anzeige oder von „anzeigen" redet, handelt es sich regelmäßig um eine Mitteilung bloßer Tatsachen, richtiger gesagt, empirisch gewonnener Vorstellungen des Anzeigenden von irgendwelchen Tatsachen der Gegenwart oder Vergangenheit; denn nur Vorstellungen, nicht die objektiven Tatsachen selbst sind mitteilungsfähig[2]). Als bloße Vorstellungsmitteilungen gehören die Anzeigen in das Gebiet der Rechtshandlungen und unterliegen daher nicht unmittelbar den gesetzlichen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte.

In § 1205 II BGB soll nach dem Gesetzeswortlaut: „und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt" die Tatsache der erfolgten Verpfändung dem Besitzer mitgeteilt werden. Hiernach scheint es nicht zweifelhaft zu sein, daß diese Anzeige ebenso wie die anderen dem Gesetz bekannten Anzeigen einfache Tatsachen- oder Vorstellungsmitteilung und demnach Rechtshandlung ist, weil sie Mitteilung hinsichtlich der in der Vergangenheit liegenden Tatsache der Verpfändung ist. Dennoch und trotz des klaren Gesetzeswortlautes erblickt eine als herrschende Lehre zu bezeichnende Ansicht in der Anzeige des § 1205 II BGB nicht eine bloße Vorstellungsmitteilung, sondern eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Gestützt wird diese von ihren Vertretern im Schrifttum[3]) nicht näher begründete Ansicht auf mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts[4]), die, allerdings auch wieder ohne nähere Begründung, von der Eigenschaft der Anzeige des § 1205 II BGB als einer Willenserklärung ausgehn. In der letztgenannten Entscheidung sowie in einer solchen des Oberlandesgerichts Posen OLG 34, Seite 218 wird sie sogar ausdrücklich als Willenserklärung bezeichnet. Nun enthält eine echte Anzeige — d. h. eine Anzeige in dem Sinne, in dem das Gesetz diesen Ausdruck regelmäßig gebraucht — stets eine Tatsachenmitteilung und kann daher nicht Willenserklärung sein. Denn eine Tatsachenmitteilung ist Aussage über eine empirisch gewonnene

2) Manigk, WeWg., Seite 702.
3) Wolff § 163 I 1b, Endemann § 144 I, RGRKom. § 1205 A9.
4) RGZ. 68, S. 278; 79 S. 306; 85 S. 431; 89 S. 291; Recht 1923 Nr. 350. JW 1904 S. 485.

Vorstellung, die ihren Gegenstand notwendig in der Vergangenheit hat, während eine Willenserklärung die Aussage über ein Wollen ist, das sich auf Gestaltung von etwas Zukünftigen bezieht. Soll die Anzeige des § 1205 II eine Willenserklärung sein, so muß sie mehr sein als eine Vorstellungsmitteilung, muß also mehr enthalten, als die Worte des Gesetzes selbst sagen. Daß die Verpfändungsanzeige zunächst einmal eine tatsächliche Mitteilung darstellt, ist unbestreitbar. Auch die bereits genannte Entscheidung RGZ 68 Nr. 68 geht hiervon aus. Es heißt dort (Seite 282) bemerkenswerter Weise aber, n e b e n dieser tatsächlichen Mitteilung der erfolgten Verpfändung sei in der Verpfändungsanzeige noch eine Willensäußerung des Verpfänders zu erblicken, aus welcher der Adressat der Anzeige ein Anerkenntnis der Rechtsgültigkeit der Verpfändung durch den Verpfänder entnehmen könnte. Wäre also, so folgert das Reichsgericht in dem dort behandelten Fall, demjenigen, an den die Anzeige zu richten ist, die Verpfändung bereits bekannt gewesen, so wäre zwar die Anzeige als eine bloße tatsächliche Bestätigung des bereits Bekannten durch den Verpfänder überflüssig, wohl aber wäre sie noch als Willensäußerung erforderlich gewesen. Nun handelt es sich bei dieser Entscheidung, ebenso wie bei denjenigen in RGZ 89, Seite 290 ff. und JW. 04, Seite 485, um eine solche, die sich unmittelbar nur auf den Fall der Verpfändung einer Forderung gemäß § 1280 BGB bezieht, wo ja ebenfalls eine Anzeige an den Schuldner zum Verpfändungstatbestand gehört. Indessen sind diese beiden Fälle so gleich gelagert, daß, wie das Reichsgericht in RGZ 85, Seite 437 ausdrücklich betont, die den oben genannten Entscheidungen über die Anzeige des § 1280 zugrunde liegenden rechtlichen Erwägungen auch auf die Anzeige bei der Bestellung eines Sachpfandrechts gemäß § 1205 II zutreffen.

Wie kommt nun die herrschende Lehre dazu, über den Gesetzeswortlaut hinaus, in der Anzeige des § 1205 II eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu erblicken? Gemäß § 1205 II BGB gelangt das Pfandrecht — falls Einigung und Besitzübertragung bereits stattgefunden haben — erst durch die Anzeige zur vollen Wirksamkeit. Die Anzeige ist also für das Verpfändungsgeschäft ein gesetzlich notwendiges Tatbestandserfordernis, anders als beispielsweise bei der Forderungsabtretung. Diese wird bereits durch bloßen Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar vollendet, die Abtretungsanzeige an den Schuldner wirkt hier nicht hauptrechtsbegründend, sondern hat lediglich für rechtliche Nebenwirkungen im Verhältnis der Zessionsparteien zum Schuldner Bedeutung. Dagegen vollendet der Verpfänder erst durch Erstattung der Anzeige das dingliche Verfügungsgeschäft selbst. Nimmt er sie nicht vor, so ist trotz vorliegender Einigung und Übertragung des mittelbaren Besitzes kein Pfandrecht an der Sache entstanden[5]). Die Anzeige

5) Die Frage, ob, falls eine gültige Anzeige bei einer Pfandstellung gemäß

hat also, da sie unmittelbar das Pfandrecht, eine dingliche Eigentumsbeschränkung, zum Entstehen bringt, die Wirkungen einer Verfügungshandlung. Man könnte nun sagen, durch die Erstattung der Anzeige verfüge der Verpfänder erst endgültig über sein Eigentum, und hieraus den Schluß ziehen, die Anzeige stelle einen dem dinglichen Verpfändungsvertrag gleichwertigen Verfügungsakt dar. In der Anzeige müßte dann der Wille des Verpfänders zum Ausdruck kommen, durch eben diese Anzeige das Pfandrecht zu begründen. Eine solche Willenskundgebung würde dann, da sie unmittelbar auf eine dingliche Rechtsänderung gerichtet wäre, als rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu gelten haben. Nun kommt aber ein solcher Rechtsbegründungswille in der Anzeige keineswegs zum Ausdruck. Wenn ich jemandem mitteile, daß ich eine Verpfändung vorgenommen habe, so kann aus dieser Mitteilung nicht der Wille entnommen werden, daß ich sie durch diese Mitteilung erst vornehmen wolle.

Aber der Versuch, auf diese Weise den Charakter der Anzeige des § 1205 II BGB als Willenserklärung zu konstruieren, müßte auch schon an der Erwägung scheitern, daß eine auf Begründung des Pfandrechts gerichtete Willenserklärung notwendig gegenüber dem Vertragsgegner, also dem Pfandgläubiger, vorzunehmen wäre, während die Anzeige einem an der Verpfändung selbst nicht unmittelbar Beteiligten, nämlich dem S a ch b e s i tz e r , zu erstatten ist. Diesem gegenüber wäre eine auf die Pfandrechts b e g r ü n d u n g gerichtete Willenserklärung ohne Sinn. Der in der Anzeige des § 1205 II zum Ausdruck kommende Wille des Verpfänders ist in der Tat durchaus nicht auf die Erzeugung des dinglichen Rechts gerichtet, die Anzeige setzt dieses vielmehr als bereits erzeugt voraus. Der eigentliche, das Pfandrecht erzeugende Verfügungsakt bleibt die vertragliche Einigung des Verpfänders mit dem Gläubiger über die Entstehung des Pfandrechts. Die Anzeige ist nach § 1205 II nur ein Ersatz für die Übergabe des Besitzes. Das wird auch vom Reichsgericht in der bereits erwähnten Entscheidung JW. 04, Seite 485 betont, wo es heißt: „.... wenn gerade hier der Charakter der Anzeige als einer Willenserklärung hervortritt, so ist ihre inhaltliche Bedeutung doch nicht die, daß sie einen zweiten Verfügungsakt darstellen, und daß der erklärte Wille des Verpfänders deshalb dahingehen müsse, aus sich das Pfandrecht zu schaffen, sondern auch hier bleibt dem vertraglichen Verpfändungsakt als der ursprünglichen Quelle des Pfandrechts seine Bedeutung, in ihm verkörpert sich der rechtschaffende Vertragswille“. Und dann weiter: „nicht notwendig ist,

---

§ 1205 II BGB nicht vorliegt, der Gläubiger an Stelle des nichtentstandenen Pfandrechts wenigstens dem Verpfänder gegenüber ein obligatorisches Verwertungsrecht an der Sache ohne Wirkung gegen Dritte erlangt, wird bejaht bei Schmidt a.a.O., Seite 157 ff., Wolff § 163 bei Anm. 8 und vom KG. in Seuff. Arch. 73 Nr. 226.

daß der Anzeigende sich bewußt ist, daß die dingliche Wirkung erst mit der Anzeige eintritt." — Das Merkmal der Willenserklärung ist aber gerade, daß sie Rechtswirkungen hervorruft, weil der in ihr erklärte Wille auf die Hervorrufung dieser Rechtsfolgen gerichtet ist. Sie setzt also notwendig das Bewußtsein, diese Wirkungen hervorzurufen, voraus. So zeigt sich hier deutlich, daß das RG trotz der Verwendung des Wortes „Willenserklärung", die Anzeige doch dem Begriff der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht einordnet.

Wenn wir also mit der herrschenden Lehre die Anzeige des § 1205 II BGB als Willenserklärung ansehen wollen, so könnte es sich jedenfalls nur um die Kundgebung eines solchen Willens handeln, der nicht auf die Begründung des dinglichen Rechtes selbst, sondern nur auf die rechtliche Veränderung des Verhältnisses zum Adressaten der Anzeige, also dem Sachbesitzer, gerichtet ist. Dieses Verhältnis zwischen Verpfänder und Besitzer, das Besitzmittlungsverhältnis, wird durch die Verpfändung in der Tat insofern verändert, als der Verpfänder seinen mittelbaren Besitz zu Gunsten des Gläubigers aufgibt. Liegt nun in der Mitteilung der Verpfändung an den Besitzer eine hierauf gerichtete Willenskundgebung?

Die herrschende Lehre bejaht das. Sie betrachtet die Anzeige im Anschluß an die Rechtsprechung als eine Kundgebung des Eigentümers, in der er seinen Willen zum Ausdruck bringe, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen. So spricht das Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 85, Seite 436 von der Anzeige als einer „besonderen, auf das Geltenlassen der Verpfändung gegenüber dem unmittelbaren Besitzer gerichteten Kundgebung des Eigentümers"; „sie (die Anzeige) müsse daher dessen Willen, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen, diesem (dem Besitzer) gegenüber unmittelbar zur Erscheinung bringen." Etwa mit den gleichen Worten kommt dieser Gedanke in den Entscheidungen RGZ 68, Seite 278, 79, Seite 306, 89, Seite 290 und JW. 04, Seite 485 zum Ausdruck. Man kann aber schwerlich in der Mitteilung von einem Rechtsgeschäft eine auf das Geltenlassen dieses Rechtsgeschäfts gerichtete Willenserklärung erblicken. Denn wer eine Verpfändung vorgenommen hat, zeigt diese einem Dritten nicht an, um sie gegen sich gelten zu lassen! Selbst wenn man dieser Ansicht folgen wollte, daß die Anzeige des § 1205 II BGB, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, nicht nur die Mitteilung einer Tatsache, nämlich der erfolgten Verpfändung, sondern eine Kundgebung des Willens, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen, enthalte, so würde dadurch ihr Charakter als Willenserklärung noch nicht festgestellt sein. Denn, wie oben ausgeführt, genügt hierzu noch nicht die Kundgebung eines Willens schlechthin, sondern es ist ein rechtsgeschäftlicher, auf die Erzeugung von Rechtswirkungen gerichteter Wille erforderlich. Welches sind nun die Wirkungen der Anzeige für das zwischen Ver-

pfänder und unmittelbarem Besitzer bestehende Besitzmittlungsverhältnis? Die Übertragung, die nach § 870 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs aus diesem Verhältnis erfolgt, ist gemäß § 413 in Verbindung mit § 398 BGB mit dem Abschluß des Vertrages zwischen Verpfänder und Gläubiger wirksam vollzogen. Die nachfolgende Anzeige an den Besitzer ist für den Besitzübergang selbst bedeutungsloss. Auch ohne diese Anzeige wäre der Besitzmittler, nachdem der Verpfänder dem Gläubiger den Herausgabeanspruch abgetreten hat, nicht mehr dem Verpfänder, sondern dem Gläubiger zum Besitz und gegebenenfalls zur Herausgabe verpflichtet. Da die Anzeige demnach auf das Besitzmittlungsverhältnis unmittelbar überhaupt nicht einwirkt, kann in ihr auch keine rechtsgeschäftliche Verfügungshandlung liegen. Gerade das wird aber von der herrschenden Lehre, insbesondere dem Reichsgericht, behauptet. So heißt es in der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung in JW. 04, Seite 485: „die Anzeige ...... enthält zugleich insoweit eine Disposition, als in ihr zur Erscheinung kommen muß, daß der verpfändende Gläubiger die Verpfändung als rechtsgültig anerkennt, sodaß der Empfänger der Mitteilung hieran sich halten kann“, und in RGZ 85, Seite 436: „Erst die von dem Verpfänder an den unmittelbaren Besitzer gerichtete Anzeige enthält die Verfügungshandlung, durch welche dieser berechtigt und verpflichtet wird, die Sache statt an den Verpfänder an den Pfandgläubiger herauszugeben.“

Nach den Bestimmungen der §§ 870, 413, 398 BGB wird der debitor cessus, hier also der Besitzmittler, aber gerade nicht erst durch die Anzeige, die ja für den Zessionstatbestand garnicht vorgeschrieben ist, sondern bereits durch den Abtretungsvertrag selbst berechtigt und verpflichtet, die Sache statt an den Verpfänder nunmehr an den Pfandgläubiger herauszugeben. Die herrschende Lehre legt der Anzeige hier also eine Bedeutung bei, die ihr nach dem Gesetz nicht zukommt.

Man könnte versuchen, diesen Standpunkt vielleicht im Hinblick auf § 407 BGB zu rechtfertigen, wonach der Schuldner, also hier der Besitzmittler, die Pfandsache noch mit befreiender Wirkung an den Verpfänder herausgeben kann, solange er von der Abtretung des Herausgabeanspruchs oder von der Verpfändung selbst noch keine Kenntnis hat. Man könnte nun sagen, daß erst durch den Zugang der Verpfändungsanzeige der Besitzmittler sichere Kenntnis von der Verpfändung und damit von der Abtretung des Herausgabeanspruchs erlange, also auch erst von diesem Augenblick ab die Pfandsache nur noch mit befreiender Wirkung an den Pfandgläubiger herausgeben könne. Man könnte dann hieraus den Schluß ziehn, daß erst durch die Schaffung dieses Zustandes der Besitzmittler dem Pfandgläubiger gegenüber praktisch verpflichtet würde, also auch erst hierdurch die Verfügung des Eigentümers über den Herausgabeanspruch wirksam vollendet wäre. Indessen würde

diese Konstruktion, wie schon oben ausgeführt, dem Wesen der Zession, und eine solche liegt hier ja vor, entschieden widersprechen. Außerdem scheitert aber diese Erwägung schon daran, daß § 407 BGB eben nicht eine Mitteilung des Zedenten, hier also des Verpfänders, sondern lediglich Kenntnis des Schuldners voraussetzt, die zwar auf einer solchen Mitteilung, ebensogut aber auch auf anderen Umständen beruhen kann. Schon aus § 694 BGB geht aber hervor, daß das Gesetz die Wirkung einer Mitteilung, also die Kenntnis des Empfängers, streng von der Mitteilung selbst unterscheidet, denn dort heißt es: „... daß er sie dem Verwahrer anzeigt, oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat“ [6]).

Selbst wenn wir also, der herrschenden Lehre folgend, in der Anzeige des § 1205 II BGB eine Kundgebung des Willens des Verpfänders, „die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen“ erblicken wollten, so ist doch dieser Wille kein rechtsgeschäftlich erheblicher, da jene Rechtsfolge gar nicht eintritt. Denn die Erklärung des Verpfänders gegenüber dem Besitzmittler: „Ich will die Verpfändung gegen mich gelten lassen“, hat für diesen gar keine Bedeutung. Wußte er von der erfolgten Verpfändung bisher noch nichts, so kann er nun zwar nicht mehr wie vorher die Sache mit befreiender Wirkung an den Verpfänder herausgeben, aber diese Wirkung der Erklärung beruht nicht etwa auf dem rechtsgeschäftlichen Willen des Verpfänders, sondern auf dem Umstand, daß der Besitzer durch diese Erklärung Kenntnis von der Verpfändung erlangt hat und das Gesetz diese Rechtsfolge an den Tatbestand der Kenntnis knüpft. Hatte er diese Kenntnis aber schon vorher, so ist die Anzeige für sein Verhältnis zu den Parteien des Pfandvertrages überhaupt ohne jede Wirkung. Das „Anerkenntnis“, daß nach Ansicht des Reichsgerichts[7]) in dieser Anzeige enthalten sein soll, ist kein rechtsgeschäftliches Anerkenntnis; es hat höchstens die Bedeutung eines Beweismittels. Wäre der Verpfändungsvertrag nichtig oder überhaupt gar nicht vorgenommen, so brauchte der Anzeigende den Inhalt der Anzeige durchaus nicht gegen sich gelten zu lassen. Die Anzeige hat hier nicht die konstitutive Wirkung, wie sie etwa die Mitteilung von erteilter Vollmacht gemäß § 171 BGB hat. Die herrschende Lehre mutet mit ihrer Qualifizierung der Anzeige als Willenserklärung im Falle des § 1205 dem Anzeigenden eine Verantwortlichkeit zu, die im Gesetz und in der Interessenlage keinen Rückhalt hat. Die Anzeige soll de lege lata nichts anderes sein, als Vorstellungsmitteilung. Sie ist kein privatautonomer Akt.

Ferner ist zu beachten, daß die Anzeige gemäß § 1205 II nur die Besitzübertragung ersetzt, die selbst auch nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist. Es ist auch daher unrichtig, den Inhalt der

---

6) Manigk, WeWg., Seite 706, 707.
7) RGZ 68, Seite 282; JW. 04, Seite 485.

Anzeige mit anderen Elementen rechtlich in Beziehung zu setzen als eben mit der Besitzübertragung.

Auch Biermann (Sachenrecht § 1280 Ib) verneint die Ansicht des RG's., daß sie ein Anerkenntnis der Rechtsgültigkeit der Verpfändung und den Willen des Verpfänders enthalte, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen. Er begründet dies damit, daß die Verpfändung gesetzlich ja erst durch die Anzeige zustande komme, diese also unmöglich ein Anerkenntnis der Rechtsgültigkeit der Verpfändung enthalten könne. Diese Begründung greift allerdings nicht durch. Anerkannt werden soll ja auch nach der herrschenden Lehre nicht ein bereits wirksam bestehendes Pfandrecht, sondern vielmehr nur der bereits erfolgte Verpfändungsakt selbst, vor allem der Übergang des dem mittelbaren Besitz zugrundeliegenden Rechts, bzw. bei der Forderungsübertragung der Übergang des Forderungsrechts. Denn es ist ja der wichtigste Zweck der Anzeige, dem Besitzmittler bzw. dem Schuldner zur Kenntnis zu bringen, daß er nicht mehr an den Verpfänder oder Zessionar leisten darf.

In RGZ 89, 290 versucht das Reichsgericht, die von ihm vertretene Ansicht, die Verpfändungsanzeige sei Willenserklärung, aus der Gesetzesbestimmung zu begründen, daß die Anzeige gerade durch den verpfändenden Gläubiger (bei § 1280, bei § 1205 II also den verpfändenden Eigentümer) erfolgen müsse. Hieraus zieht das RG. die Folgerung, daß die Anzeige nicht lediglich die Bedeutung einer tatsächlichen Mitteilung habe, die ja in zuverlässiger Art auch von anderer Seite erfolgen könnte, sondern daß es sich dabei um eine Willenskundgebung des Verpfänders handeln müsse, durch die der Schuldner die Gewißheit erhalten solle, daß der Verpfänder die Verpfändung gegen sich gelten lasse. Diese Schlußfolgerung ist aber keineswegs zwingend. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Anzeige gerade von einer bestimmten Person ausgehen müsse, so kann man doch nicht sagen, dieser Akt könne aus diesem Grunde keine Anzeige, sondern müsse Willenserklärung sein. Der Zweck der Verpfändungsanzeige ist, dem Adressaten sichere Kenntnis von der Verpfändung zu verschaffen. Hierzu bedarf es aber keiner Willenserklärung des Verpfänders, wohl aber einer Anzeige gerade von ihm, weil eine solche regelmäßig allein genügend zuverlässig sein wird. Jede Erlangung zuverlässiger Kenntnis des Besitzmittlers hinsichtlich der erfolgten Verpfändung konnte das Gesetz unmöglich zum Wirksamwerden des Pfandrechts genügen lassen, denn damit hätte es die Entstehung eines vertraglichen dinglichen Rechts vom Zufall abhängig gemacht.

Eine andere Möglichkeit, die Ansicht der herrschenden Lehre über den angeblich rechtsgeschäftlichen Charakter der Anzeige des § 1205 II BGB zu begründen, ist nicht zu erkennen. Wo im Schrifttum und in sonstigen Entscheidungen überhaupt Ansätze zu einer Begründung gegeben werden, widersprechen sich dieselben in unvereinbarer Weise.

Einerseits wird betont, die Anzeige als Willenserklärung sei auf die Bewirkung der Verpfändung, also auf die Erzeugung des Pfandrechts gerichtet, andererseits heißt es, sie bringe den Willen des Eigentümers, die Verpfändung dem Besitzer gegenüber anzuerkennen, zum Ausdruck. Das sind aber zwei gänzlich verschiedene Willensrichtungen, die vollkommen auseinanderstreben und unmittelbar nichts mit einander zu tun haben. Ist die Anzeige eine auf die Erzeugung des Pfandrechts gerichtete Willenserklärung, so muß dieser rechtserzeugende Wille in ihr doch irgendwie zum Ausdruck gelangen. Dies geschieht aber nicht durch die einem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung, man wolle die Verpfändung gegen sich gelten lassen. Umgekehrt fehlt dieser Erklärung, die Verpfändung gegen sich gelten lassen zu wollen, wie schon oben ausgeführt, jede unmittelbare Rechtswirkung, auf die dieser erklärte Wille gerichtet sein könnte.

Ein wesentlicher Grund dafür, daß die herrschende Lehre solche Widersprüche in sich birgt, scheint mir darin zu liegen, daß die schon erwähnten grundlegenden Entscheidungen zu dieser Frage noch aus einer Zeit stammen, in welcher die Lehre von den juristischen Handlungen erst in der Entwicklung begriffen war, ein allgemein anerkanntes System derselben noch nicht bestand und insbesondere die Ausdrücke „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft" noch keine klar und eindeutig umrissene Begriffe verkörperten. Von diesen Grundlagen aus ist das Wesen der in § 1205 II geregelten Anzeige, abgesehen von dem bereits zitierten Aufsatz von Rud. Schmidt im Arch f. d. ziv. Pr. Band 134, überhaupt nicht untersucht worden.

Auch Schmidt betrachtet die Anzeige des § 1205 II im Gegensatz zur herrschenden Lehre als bloße tatsächliche Mitteilung, nicht als Willenserklärung, und begründet dies im wesentlichen mit den nach seiner Ansicht unbilligen praktischen Ergebnissen der herrschenden Lehre sowie damit, daß in der Anzeige keine Disposition enthalten sei.

Wir kommen also gegen die herrschende Lehre zu dem Ergebnis, daß die Anzeige des § 1205 II BGB nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern als Vorstellungsmitteilung anzusehen ist. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, daß diese Anzeige praktisch das Pfandrecht erst zum Entstehen bringt und das Gesetz im allgemeinen das Hervorrufen solcher Wirkungen den rechtsgeschäftlichen Handlungen als Mitteln der autonomen Privatrechtsgestaltung vorbehalten hat. Aber auch die körperliche Sachübergabe vollendet in den Fällen der §§ 929 und 1205 I BGB erst die Übereignung oder Verpfändung und ist doch selbst zweifellos keine Willenserklärung, sondern wie jede Besitzübertragung bloße reale Rechtshandlung. Daß die Sachübergabe um ihres äußeren realen Effektes, die Anzeige hingegen um eines psychischen Effektes willen wirksam wird, ist für diesen Vergleich bedeutungslos. In

beiden Fällen handelt es sich um Tatbestandsstücke von Rechtsgeschäften, die vom Gesetz aus irgendwelchen rechtspolitischen Gründen neben die eigentlich rechtsgestaltenden Willenserklärungen gestellt worden sind, ohne hierdurch selbst rechtsgeschäftlichen Charakter zu erlangen. Das Tatbestandserfordernis der Anzeige ist in § 1205 II nicht aufgestellt worden, um es dem Eigentümer einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache zu ermöglichen, dieselbe zu verpfänden, sondern das Gesetz will aus Publizitätsgründen die Wirksamkeit einer solchen Verpfändung, selbst im Gegensatz zum Rechtsfolgewillen der Vertragsparteien, nicht eher eintreten lassen, als bis die Anzeige erstattet ist.

II. Da die Anzeige nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern bloße Vorstellungsmitteilung ist, können die Bestimmungen des dritten Abschnitts im ersten Buch des BGB über Rechtsgeschäfte, insbesondere die des zweiten Titels über die Willenserklärung grundsätzlich nicht und jedenfalls nicht unmittelbar auf sie Anwendung finden. Auch eine allgemeine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf die nichtrechtsgeschäftlichen Mitteilungen erscheint nicht angängig, da letztere infolge des Fehlens eines Rechtsfolgewillens gänzlich andersgeartet sind als die Rechtsgeschäfte und demgemäß die für diese geschaffenen Regeln für jene grundsätzlich nicht passen[1]). Bei der großen Verschiedenheit der einzelnen Anzeigen des BGB untereinander — man vergleiche z. B. die Zessionsanzeige nach § 409, die Fundanzeige nach § 965 und die hier behandelte Verpfändungsanzeige — können m. E. allgemeingültige Regeln für sie überhaupt wohl nur in beschränktem Umfang aufgestellt werden.

Bei der Anzeige des § 1205 II ist vor allem zu berücksichtigen, daß sie Tatbestandserfordernis eines Verfügungsgeschäftes, also Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes ist. Daher müssen die Normen über die Geschäftsfähigkeit dergestalt auf sie zur Anwendung gelangen, daß für die Anzeige in dieser Beziehung die gleichen Erfordernisse gelten wie für das ganze Geschäft, insbesondere also für die dingliche Einigung. Hat also der im mittelbaren Besitz befindliche Eigentümer einer Sache, nachdem er sich mit einem Gläubiger über eine Pfandbestellung an derselben geeinigt und ihm den mittelbaren Besitz abgetreten hatte, noch vor Erstattung der Verpfändungsanzeige die Geschäftsfähigkeit verloren, so ist diese Anzeige analog § 105 BGB nichtig und ein Pfandrecht nicht entstanden.

---

1) So Manigk Syst. d. jur. Hdlg., Seite 13. Ebenso wohl P. Klein Rechtshdlg., Seite 21 ff. A.A. Ennec.-Nipperdey § 128 IV. 2., der die sog. geschäftsähnlichen Hdlgn., wozu er auch die Mitteilungen und Anzeigen rechnet, allgemein nach Analogie der Willenserklärungen behandeln und die Regeln der Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung und Willensmängel auf sie Anwendung finden lassen will.

Hingegen ist eine Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes über Mentalreservation, Nichternstlichkeit und Scheingeschäft in den §§ 116—118 BGB auf die Anzeige unmöglich, da diese Normen nur für die Kundgebungen eines Willens, nicht aber einer rein tatsächlichen Vorstellung passen. Bei § 116 ist das schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung klar ersichtlich, es gilt aber in gleichem Maße für § 117 und § 118, die ja ebenfalls Mängel im Geschäftswillen behandeln, das Vorhandensein eines solchen also notwendig voraussetzen. Auch die Bestimmungen der §§ 119 ff über die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen können aus diesem Grunde für die Anzeige des § 1205 II keine Anwendung finden[2]), weil die Anfechtungsgründe, Irrtum, Drohung und Täuschung, Einwirkungen auf den Erklärungswillen darstellen und daher bei einer bloßen Vorstellungsmitteilung unbeachtlich sind. Ist der Inhalt der Anzeige unrichtig, hat also die angezeigte Verpfändung tatsächlich garnicht stattgefunden, so kann sie der Anzeigende jederzeit richtigstellen oder zurücknehmen[3]). Der Besitzmittler, der sich auf die Richtigkeit der Anzeige verlassen hat, wird dann durch § 409 geschützt. Hatte die Verpfändung, also Einigung und Besitzübertragung, aber tatsächlich stattgefunden, so ist die hiervon dem Besitzmittler erstattete Anzeige auch dann vollwirksam, wenn sie unter der Einwirkung von Irrtum, Drohung oder Täuschung abgegeben worden ist. Denn die Publizität der Verpfändung wird auch durch eine unter diesen Umständen abgegebene Anzeige gewahrt, und es steht daher der vollen Wirksamkeit der Verpfändung nichts im Wege. Wenn der eigentliche Verpfändungsakt, die dingliche Einigung, selbst frei von Willensmängeln ist, so liegt kein Bedürfnis dafür vor, die Anzeige allein noch anfechten zu können, da diese ja kein Mittel der Rechtsstaltung darstellt[4]). An dieser Stelle zeigt sich die praktische Folge aus der Bestimmung der Rechtsnatur der Anzeige besonders deutlich.

Anders als bei der Geschäftsfähigkeit kommt man also hier bei den Willensmängeln zu verschiedenen Ergebnissen, je nachdem ob man, der herrschenden Lehre folgend, in der Anzeige eine Willenserklärung oder, wie hier, nur eine Vorstellungsmitteilung erblickt. Denn als Willenserklärung würde die Anzeige den Bestimmungen der §§ 116 ff unterliegen. Merkwürdigerweise heißt es aber in der bereits angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 04, Seite 485, die irrige Annahme des Anzeigenden, die Anzeige wirke nicht rechtsbegründend, sondern habe lediglich die Bedeutung einer Zessionsanzeige, sei für ihre Wirksamkeit unbeachtlich. In der gleichen Entscheidung, in der einige Sätze vorher der Anzeige des § 1205 II der Charakter einer Willenserklärung ausdrücklich zu-

2) Manigk, System Seite 17, 21 ff.
3) Manigk, System Seite 21.
4) R. Schmidt hält dagegen a.a.O., Seite 138, ohne nähere Begründung die Anzeige für anfechtbar, obgleich er sie nicht als Rechtsgeschäft betrachtet.

erkannt wird, wird also die Anwendbarkeit des § 119 auf sie verneint. Es erscheint auch dies wieder als ein Beweis dafür, daß in diesen älteren Entscheidungen der Ausdruck „Willenserklärung" nicht denselben festumrissenen Begriff bezeichnet, der in dem heute anerkannten System der rechtlichen Handlungen darunter verstanden wird.

Auch die Bestimmungen über Bedingung und Befristung sind bei der Anzeige nicht anwendbar, da die Bedingung und die Befristung typische Mittel der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie darstellen und daher auch nur dort möglich sind, wo der Handelnde die Wirkung seines Handelns frei bestimmen kann, also nicht bei Rechtshandlungen, deren Erfolg ex lege eintritt[5]). Hierzu ist aber zu bemerken, daß, auch wenn man die Anzeige als Willenserklärung auffaßt, ein Fall, in dem die Anzeige allein unter eine Bedingung gestellt würde, praktisch ebensowenig vorstellbar ist, wie eine selbständige Anfechtung derselben wegen Willensmängel.

III. Wir kommen nunmehr zur Untersuchung des Tatbestandes der Anzeige.

a) Wer zeigt an?

Nach dem Wortlaut des § 1205 II erfolgt die Erstattung der Anzeige, wie überhaupt das ganze Verpfändungsgeschäft durch den Eigentümer der Pfandsache. Das ist schon deshalb notwendig, weil die Verpfändung eine Verfügung darstellt, zu welcher regelmäßig nur der Eigentümer eine Sache berechtigt ist. Indessen ist es nicht unbedingt erforderlich, daß Eigentümer und Verpfänder identisch sind, da jemand sehr wohl eine fremde Sache — z. B. auf Grund einer Ermächtigung des Eigentümers — im eigenen Namen verpfänden kann. Auf diese Möglichkeit weist ja auch der Wortlaut des § 1253 BGB ausdrücklich hin, wo es heißt: „. . . . dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt". Dies setzt allerdings im Falle des § 1205 II voraus, daß sich der verpfändende Nichteigentümer doch selbst im mittelbaren Besitz der Sache befindet, da er diesen sonst nicht im eigenen Namen übertragen könnte. Ist er aber mittelbarer Besitzer, so kann und muß er auch die Anzeige an den Besitzmittler im eigenen Namen erstatten. Denn die Anzeige muß stets von dem im mittelbaren Besitz befindlichen Verpfänder ausgehn, auch wenn dieser ausnahmsweise nicht mit dem Sacheigentümer identisch sein sollte, da nur ihm gegenüber der Besitzmittler verpflichtet ist und sich daher auch nur auf eine von ihm ausgehende Anzeige mit ausreichender Sicherheit verlassen kann.

Es genügt also nicht, daß irgendein Dritter oder, was vor allem von praktischer Bedeutung ist, der Gläubiger, dem das Pfandrecht

5) P. Klein, Rechtshandlungen Seite 23; vorher schon Manigk, WeWg, Seite 713.

bestellt werden soll, selbst die Anzeige erstattet. Die herrschende Lehre begründet dies damit, daß die Anzeige eben ein Verfügungsgeschäft sei, das nur von dem Verfügungsberechtigten vorgenommen werden könne, nicht bloß eine tatsächliche Mitteilung, wie sie jeder machen könnte. Wohl kann aber, wenn wir einmal, dieser Lehre folgend, die Anzeige als Willenserklärung ansehn wollen, der Verpfänder einen anderen, also auch den Gläubiger selbst, zur Erstattung der Anzeige bevollmächtigen. Eine solche Vollmachtserteilung ist aber dann keineswegs schon in der Einigung über die Pfandbestellung enthalten. Vielmehr bedarf es hierzu einer speziell auf die Erstattung der Anzeige gerichteten Vollmacht, die sich nicht nur auf die tatsächliche Mitteilung von einer bereits vollzogenen Verpfändung, sondern auf eine die Verpfändung erst bewirkende Willenserklärung beziehen muß[1]).

Auf das so entstandene Vollmachtsverhältnis zwischen Verpfänder und Gläubiger finden dann die Vorschriften der §§ 164 ff Anwendung. Es kann also insbesondere der Besitzmittler gemäß § 174 die Anzeige durch den Gläubiger unverzüglich zurückweisen, wenn dieser nicht eine Urkunde über seine Bevollmächtigung zur Anzeige vorlegt. Durch diese Zurückweisung der Anzeige wird die Entstehung des Pfandrechts gehindert[2]).

Zu den gleichen Ergebnissen gelangen wir aber auch dann, wenn wir die Anzeige nicht als Willenserklärung ansehn. Denn daß zur wirksamen Pfandbestellung eine Anzeige gerade des Verpfänders erforderlich ist, ergibt sich deutlich aus dem Gesetz, welches sich eben nicht damit begnügt, daß der Besitzmittler von irgendeiner beliebigen Seite Kenntnis von der Verpfändung erhält, sondern das die Entstehung des Pfandrechts von einer Anzeige des Verpfänders abhängig macht, weil eine solche allein geeignet ist, die bei Pfandrechten erwünschte Klarheit der Rechtslage herbeizuführen. Ist die Anzeige bloße Vorstellungsmitteilung, so ist allerdings eine echte Stellvertretung bei ihr nicht möglich. Denn die Stellvertretung setzt begriffsmäßig eine eigene Willensbildung des Vertreters voraus; die Anzeige dagegen kann nur entweder erstattet oder aber unterlassen werden[3]). Beauftragt also der Verpfänder den Gläubiger, für ihn die Anzeige an den Besitzmittler zu erstatten, so handelt dieser nicht als Stellvertreter, sondern lediglich als Bote. Die Vorschriften über Stellvertretung und Vollmacht können daher auf dieses Verhältnis grundsätzlich keine Anwendung finden. Eine analoge Anwendung der bereits obengenannten Bestimmung des § 174 BGB erscheint indessen auch hier geboten, da diese Bestimmung eine Schutzvorschrift

---

1) RGR Kom. § 1205 A. 9.

2) So Wolff § 163 I 1b, Dür-Hach. Vorb. zu § 368 Anm. 50. Rud. Schmidt a.a.O., Seite 138 hält die analoge Anwendung (er betrachtet die Anzeige nicht als Rechtsgeschäft) von § 174 wegen der Anwendbarkeit von § 410 BGB für überflüssig.

3) Manigk WeWg., Seite 711, System Seite 22 ff.

für den Empfänger darstellt, die bei der Anzeige genau so notwendig ist wie bei einer Willenserklärung.

Die nachträgliche Genehmigung einer Anzeige des Gläubigers durch den Verpfänder macht diese Anzeige nicht wirksam, sie kann höchstens selbst als Anzeige, mit Wirkung ex nunc aufgefaßt werden. Das wird auch in einer Entscheidung des RG's in Seuff. Arch. Bd. 86 r. 118 zum Ausdruck gebracht, wo zur Begründung angeführt wird, die Anzeige erfordere kraft ihrer Natur als Verfügungshandlung und formaler Akt größte Bestimmtheit. Diese Begründung vermag m. E. wenig zu befriedigen. Gerade weil die Anzeige kein Rechtsgeschäft, sondern bloße Rechtshandlung ist, können die Vorschriften über die Genehmigung von Rechtsgeschäften auf sie keine Anwendung finden.

Ist der Gläubiger von dem Verpfänder zur Erstattung der Anzeige ermächtigt, so muß er dem Besitzmittler gegenüber ersichtlich zum Ausdruck bringen, daß er sie für den Verpfänder und auf Grund von dessen Ermächtigung erstattet[4]). Denn nur in diesem Falle kann sich der Besitzmittler auf die Anzeige verlassen.

Die Anzeige des Verpfänders kann auch nicht dadurch ersetzt werden, daß der Pfandgläubiger dem Besitzmittler eine ihm von dem Verpfänder übergebene Urkunde über den Pfandvertrag vorlegt, es sei denn, daß er von dem Verpfänder hierzu besonders ermächtigt worden sei[5]). Für die herrschende Lehre folgt dies schon ohne weiteres aus dem von ihr behaupteten Charakter der Anzeige als einer besonderen Willenskundgebung. Lehnt man, wie hier, diese Ansicht ab, so könnte man allerdings zweifeln, ob die Vorlage der Pfandurkunde nicht doch genügen müsse; denn der praktische Zweck der Anzeige, dem Besitzmittler sichere Kenntnis von der Verpfändung zu verschaffen und ihn hierdurch zu verpflichten, auf das Pfandrecht Rücksicht zu nehmen, wird auch durch die Vorlage der Urkunde voll und ganz erfüllt[6]). Indessen fordert das Gesetz nun einmal eine „Anzeige", und daß die Vorlage einer Urkunde noch nicht ohne weiteres der Erstattung einer Anzeige gleichzusetzen ist, ergibt sich per argumentum e contrario aus § 409 BGB, wo ausdrücklich für den dort behandelten Fall eine Gleichstellung von Anzeige und Urkundenvorlage angeordnet ist. Auch aus dem schon erwähnten § 694 BGB geht hervor, daß da, wo das Gesetz von Anzeigen spricht, der Akt der Anzeige Tatbestandserfordernis ist[7]). Die gegenteilige Ansicht Jacobis und Schmidts[8]), die lediglich die praktische Wirkung der Urkundenvorlage berücksichtigt, ist daher mit dem Ge-

4) So RGZ 79, Seite 308.
5) wie 4), ferner RGZ. 85, Seite 431 ff., Wolff § 163 I 1b.
6) So Rud. Schmidt a.a.O., Seite 132; E. Jacobi in Ehrenb. Hdb. IV 1, Seite 446.
7) Manigk, WeWg., Seite 707.
8) wie 6).

setz nicht vereinbar. Wenn es nur auf die praktische Wirkung ankommen sollte, würde man auch jeden anderen Umstand, durch welchen der Besitzer zuverlässige Kenntnis von der Verpfändung erlangen könnte, als gleichwertiges Ersatzmittel für die Anzeige ansehen müssen.

b) Wem wird angezeigt?

Nach dem Wortlaut des § 1205 II BGB ist die Verpfändung „dem Besitzer" anzuzeigen. Das Wort Besitzer ist hier im Gegensatz zu dem vorher genannten, nur im mittelbaren Besitz befindlichen Eigentümer zu verstehen und meint daher regelmäßig den unmittelbaren Besitzer. Befindet sich die Sache im unmittelbaren Mitbesitz mehrerer Personen, so muß die Anzeige auch an alle Mitbesitzer erfolgen[1]). Es kann nun aber auch sein, daß der Besitzmittler seinerseits wieder — gleich ob zu Recht oder Unrecht — den unmittelbaren Besitz dergestalt weiterübertragen hat, daß er selber mittelbarer Besitzer und der Eigentümer mittelbarer Besitzer zweiten Grades geworden ist. Die Frage, an wen in diesem Falle die Anzeige zu richten ist, ob an den unmittelbaren Besitzer oder den mittelbaren Unterbesitzer, ist bei Würdigung ihres Wesens nicht schwer zu beantworten. Die Anzeige steht, wie schon ausgeführt, in engem und unmittelbarem Zusammenhang mit der die Übertragung des mittelbaren Besitzes bewirkenden Abtretung des Herausgabeanspruchs. Sie soll dadurch, daß sie dem Besitzer Kenntnis von der Verpfändung verschafft, verhindern, daß dieser die Sache noch mit befreiender Wirkung dem Verpfänder zurückgeben kann. Ihr Ziel ist also die Lösung des Verhältnisses zwischen Verpfänder und Besitzmittler zugunsten des neuen mittelbaren Besitzers, nämlich des Pfandgläubigers. Diesen Zweck kann die Anzeige aber nur dann erfüllen, wenn sie gegenüber demjenigen abgegeben wird, der bisher dem Verpfänder den Besitz vermittelte und ihn nunmehr dem Pfandgläubiger vermitteln soll, dem debitor cessus des Herausgabeanspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis. Von dem Unterbesitzer ist nämlich nicht zu befürchten, daß er die Sache sonst an den Verpfänder zurückgeben könne, weil dieser Unterbesitzer selbst ja garnicht in rechtlichen Beziehungen zu dem Verpfänder selbst steht, sondern nur dem mittelbaren Besitzer ersten Grades, der ihm den Besitz verschafft hat, zur Herausgabe verpflichtet ist. Demnach muß es bei einem mehrstufigen mittelbaren Besitzverhältnis genügen, wenn die Anzeige lediglich an den Besitzer erstattet wird, der dem Verpfänder selbst unmittelbar den Besitz vermittelt[2]). Eine Anzeige an weitere Besitzer würde nur für den Fall erforderlich sein, daß dem Verpfänder auch diesen gegenüber ein unmittelbarer Anspruch auf Herausgabe — abgesehen von der rei vindicatio, die ja keinen Besitz vermittelt — zustände.

---

1) So Dür.-Hach. Vorb. zu § 368 A. 50; Wolff § 163 I 1b.

2) So Gierke 2. Band, § 170 A 21; Planck-Brodmann 2 zu § 1205; Wolff § 163 I 1b; Dür.Hach. Vorb. zu § 368 Anm. 50; Biermann § 1205 1c.

c) Was, wann und wie wird angezeigt?

Der Ausdruck des Gesetzes, daß „die Verpfändung" angezeigt werden müsse, könnte zunächst nicht ganz korrekt erscheinen, weil ja bei Erstattung der Anzeige die Verpfändung noch garnicht wirksam geworden ist. Indessen versteht das Gesetz, was oben schon berührt wurde, hier unter „Verpfändung" den Verpfändungsakt als tatsächlichen Vorgang, die dingliche Einigung als Vorgang der Vergangenheit. Die herrschende Lehre hat jedoch, um den Charakter der Anzeige als Willenserklärung zu erhärten, der Anzeige einen anderen Inhalt geben müssen. Hiernach würde die Anzeige des § 1205 II BGB etwa lauten: „Ich, Verpfänder, erkenne an, daß Du, Besitzmittler, von nun an nicht mehr mir, sondern dem Pfandgläubiger gegenüber aus dem Besitzmittlungsverhältnis verpflichtet sein sollst; ich will dessen Besitzrecht gegen mich gelten lassen." Praktisch soll diese Erklärung in der schlichten Mitteilung „Ich habe dem X meine in Deinem Besitz befindliche Sache verpfändet" enthalten sein. Daß kein Anlaß dazu vorliegt, dieser einfachen, vom Gesetz auch nur geforderten Tatsachenmitteilung den weitergehenden Willensinhalt unterzuschieben, ist oben bereits ausgeführt worden.

Eine andere Frage ist, ob es als erforderlich angesehen werden muß, dem Besitzmittler anzuzeigen, daß es sich gerade um eine Verpfändung handele, oder ob es genügt, wenn ihm mitgeteilt wird, der Herausgabeanspruch aus dem Besitzmittlungsverhältnis sei an den Pfandgläubiger abgetreten worden. Wenn auch das Gesetz selbst von einer Anzeige der Verpfändung spricht, scheint mir doch die letztgenannte Anzeige ausreichend. Denn das eigentliche Verpfändungsgeschäft wirkt sich doch nur im Verhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger aus; für den Besitzmittler ist lediglich von Bedeutung, daß er nicht mehr dem Eigentümer, sondern dem Pfandgläubiger zum Besitz und zur Herausgabe verpflichtet ist. Welche causa dieser Anspruchsabtretung zugrunde liegt, hat für ihn kein unmittelbares rechtliches Interesse und sein vielleicht vorliegendes mittelbares Interesse zu befriedigen ist nicht Aufgabe der Anzeige. Es braucht ihm daher nur die Abtretung des Herausgabeanspruchs und der hierdurch bewirkte Übergang des mittelbaren Besitzes mitgeteilt zu werden, ohne daß ihm der Verpfändungszweck bekannt gegeben wird[3]). Der Zweck der Anzeige, den Gläubiger und darüber hinaus gutgläubige Dritte zu schützen wird hierdurch vollauf erfüllt, denn der Besitzmittler kann einerseits gemäß § 407 BGB die Pfandsache nun nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Verpfänder herausgeben, andererseits kann er Dritten, die ein Recht an der Sache erwerben wollen, Auskunft darüber geben, daß der Ver-

3) So RGRKom. § 1205 A. 9; Cosack § 242 IIb; R. Schmidt a.a.O., S. 131. Dür.-Hach. Vorb. zu § 368 A. 50. RG. in Höchstr. Rspr. 33 Nr. 1013; RG Warn. 1930 Nr. 69.

pfänder nicht mehr der Herausgabeberechtigte ist; das genügt aber, um die Erkennbarkeit zu wahren. Umgekehrt ist die Nachricht von der Abtretung des Herausgabeanspruchs in der Anzeige der Verpfändung stets notwendig enthalten, auch ohne daß von der Abtretung selbst darin gesprochen wird.

Eine bestimmte Form ist für die Anzeige des § 1205 II BGB nicht vorgeschrieben. Dieselbe kann also schriftlich wie mündlich, aber auch stillschweigend vorgenommen werden. Indessen muß an eine stillschweigend erstattete Anzeige ein strenger Maßstab angelegt werden, da die Anzeige als Kundgebung des Verpfänders Tatbestandserfordernis der Verpfändung ist. Es kann also nicht genügen, daß der Verpfänder weiß, daß der Besitzmittler von der Verpfändung Kenntnis erlangt hat und er nichts unternimmt, diese Kenntnis zu zerstören. Vielmehr muß vorausgesetzt werden, daß der Besitzmittler, der Kenntnis von der Verpfändung erlangt hat, dem Eigentümer mitteilt, daß er von der Verpfändung erfahren habe und demgemäß fortan den Pfandgläubiger als den mittelbaren Besitzer ansehen werde. Gibt hierauf der Verpfänder durch sein Schweigen zu verstehen, daß er mit dieser Besitzlage einverstanden ist, so kann von einer stillschweigend erstatteten Anzeige gesprochen werden, die den Erfordernissen des § 1205 II genügt[2]). Tatsächlich stellt diese stillschweigende Einverständniserklärung ein Anerkenntnis, also eine Willenserklärung dar, nicht eine bloße „Anzeige“, aber da sie mehr ist als die Anzeige, vermag sie diese zu ersetzen. Die Bedenken, die Fuchs (JW. 1917, Seite 359) gegen die Zulässigkeit einer solchen stillschweigenden Anzeige äußert, sind m. E. unbegründet. Wenn er sagt, das Gesetz kenne zwar Übergabesurrogate, aber keine Anzeigesurrogate, so ist das wohl richtig; es handelt sich hier aber garnicht um ein Anzeigesurrogat, sondern das stillschweigend erstattete Anerkenntnis ist eben eine Anzeige oder vielmehr als Willenserklärung noch mehr als eine Anzeige. Im übrigen muß auch Fuchs das Ergebnis als billig anerkennen.

Gänzlich bedeutungslos ist indessen die Form, in welcher die Anzeige erstattet wird, nicht. Die Anzeige hat nämlich, wie bereits erwähnt, eine doppelte Funktion. Ist sie einerseits Tatbestandsstück eines dinglichen Verfügungsgeschäfts, so erfüllt sie daneben auch noch für das Besitzmittlungsverhältnis die Aufgaben einer Zessionsanzeige. Denn die Übertragung des mittelbaren Besitzes erfolgt nach § 870 BGB durch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs und auf diese Abtretung finden gemäß § 413 BGB die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen entsprechende Anwendung. Für die Anzeige gelten demnach, soweit sie sich auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs bezieht, die Vorschriften der §§ 409, 410 II BGB[3]). Man kann also sagen, daß in der Anzeige des § 1205 II

2) So RGZ 89 Seite 289, RG in Recht 1918 Nr. 1544 und JW 17, S. 359.
3) Schmidt a.a.O., Seite 137.

stets die Anzeige der §§ 409, 410 enthalten ist. Das hat zur Folge, daß, wenn der Verpfänder die Anzeige nur mündlich erstattet hat, ein Pfandrecht hierdurch zwar wirksam begründet wird, der Besitzmittler aber trotzdem eine danach erfolgende, den abgetretenen Herausgabeanspruch betreffende Kündigung oder Mahnung des neuen Anspruchsgläubigers, also des Pfandgläubigers, dadurch unwirksam machen kann, daß er sie unverzüglich zurückweist. Mit dem bereits oben erwähnten Recht des Besitzmittlers, die Anzeige selbst in analoger Anwendung des § 174 zurückzuweisen, wenn sie durch einen Dritten oder den Gläubiger selbst auf Grund mündlicher Ermächtigung des Verpfänders erfolgt, hat diese Zurückweisung nach § 410 nichts zu tun. Im Falle des § 174 wird infolge der Zurückweisung der Anzeige überhaupt kein Pfandrecht begründet, im vorliegenden Falle entsteht aber ein gültiges Pfandrecht, da die Anzeige des § 1205 II als solche formfrei ist, und die Zurückweisungsbefugnis des Besitzmittlers sich lediglich auf Maßnahmen des Pfandgläubigers im Innenverhältnis zu ihm erstreckt. Die Wirkungen, die die Anzeige als Zessionsanzeige im Innenverhältnis der Parteien zum Anspruchsschuldner hervorruft, sind demnach unabhängig von denjenigen, die sie als Tatbestandsstück des dinglichen Verpfändungsgeschäftes äußert.

Ebenso muß gemäß § 409 BGB der Eigentümer, der eine Verpfändungsanzeige an den Besitzmittler erstattet hat, die Abtretung des Herausgabeanspruches im Verhältnis zum Besitzmittler auch dann gegen sich gelten lassen, wenn tatsächlich eine Verpfändung garnicht erfolgt ist. Denn es liegt kein Grund dazu vor, den Besitzmittler bezüglich des an den Pfandgläubiger abgetretenen Herausgabeanspruches schutzloser zu stellen, als den Schuldner eines anderen abgetretenen Anspruchs.

Regelmäßig wird die Anzeige nach erfolgter Einigung und Besitzübertragung erstattet werden, weil ja schon begriffsmäßig die Anzeige einer Tatsache erst erfolgen kann, wenn die Tatsache vorliegt. Indessen bestehen keine Bedenken dagegen, auch eine verfrühte Anzeige für wirksam zu erachten, wenn die angezeigte Verpfändung innerhalb angemessener Frist tatsächlich nachfolgt[4]). Allerdings muß auch hier angezeigt werden, die Verpfändung sei bereits erfolgt, wenn dies auch tatsächlich noch nicht der Fall ist; die Mitteilung des Eigentümers, er werde die Sache erst verpfänden, kann deshalb nicht genügen, weil sie zu unbestimmt ist[5]). Ist dagegen die beabsichtigte und bereits angezeigte Verpfändung zunächst unterblieben, nach längerem Zeitraum dann aber auf Grund eines gänzlich neuen Entschlusses zwischen den gleichen Parteien vorgenommen worden, so muß auch eine erneute Anzeige an den Besitzmittler er-

4) So Biermann § 1205, Ic; RG. in Seuff. Arch. 83, Seite 78 ff., RG. Warn. 29 Nr. 11, 30 Nr. 69.
5) Wolff § 163 A. 3.

stattet werden, da die erste Anzeige inzwischen gegenstandslos und damit hinfällig geworden ist, außerdem die Gefahr besteht, daß der Besitzmittler zuverlässige Kenntnis von der Unrichtigkeit der ersten Anzeige erhalten hat und daher wieder Kenntnis von der neuen Verpfändung erlangen muß.

Die Wirksamkeit der Anzeige tritt gemäß § 130 BGB in dem Zeitpunkt ein, in dem sie dem Besitzmittler zugeht[6]). Die Bestimmung des § 130 gilt allerdings nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, und die Anzeige des § 1205 II ist, wie oben ausgeführt, keine Willenserklärung, sondern einfache Vorstellungsmitteilung. Indessen beruht die Anwendbarkeit des in § 130 BGB zum Ausdruck gelangenden Grundsatzes der Zugangsbedürftigkeit auf Willenserklärungen nicht auf dem Umstand, daß in diesen gerade ein rechtsgeschäftlicher Wille erklärt wird, sondern darauf, daß dieser Wille einem anderen gegenüber erklärt werden soll. Das trifft aber auch auf sämtliche anderen Mitteilungen zu, da diese sich ebenso wie die sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen als Kundgebungen gegenüber anderen Personen darstellen. Die Bestimmung des § 130 ist daher auf alle Vorstellungsmitteilungen, also auch auf die Anzeige des § 1205 II analog anzuwenden[7]).

Treten die rechtlichen Wirkungen der Anzeige also mit ihrem Zugang ein, so treten doch die Rechtsfolgen der durch sie bewirkten Kenntnis erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme ein. Beide Zeitpunkte können aber sehr wohl auseinanderfallen. Das ist u. U. von Bedeutung für die Stellung des Besitzmittlers als Schuldner des abgetretenen Herausgabeanspruchs. Es kann so nämlich der Fall eintreten, daß zwar ein Pfandrecht nach § 1205 II BGB mit Zugang der Anzeige bereits wirksam entstanden ist, daß jedoch der Besitzmittler, weil er tatsächlich noch keine Kenntnis davon erlangt hat, auch noch mit befreiender Wirkung die Sache an den Eigentümer zurückgeben kann, da § 407 BGB positive Kenntnis des Schuldners verlangt[8]). Oertmann (§ 407, Ia, Auflage 5 im Gegensatz zu Auflage 2) will es allerdings in entsprechender Anwendung der in § 130 BGB zum Ausdruck gelangenden Empfangstheorie auch für § 407 als genügend ansehen, wenn dem Schuldner eine Abtretungsanzeige des Zedenten zugegangen ist, auch wenn sie nicht zu seiner Kenntnis gelangt sein sollte[9]). Da jedoch das Gesetz allgemein Anzeige und Kenntnis als Ursache und Wirkung streng zu unterscheiden pflegt, in § 407 aber ausdrücklich Kenntnis des Schuldners verlangt wird, erscheint mir diese Ansicht mit dem Gesetz nicht vereinbar.

6) So Wolff § 163 I 1b.
7) So Manigk WeWg., Seite 707, System d. jur. Hdl., Seite 21, Klein, Rechtshandlungen, Seite 143.
8) So Wolff § 163 I 1b.
9) Ebenso Schmidt a.a.O., Seite 137 Anm. 11.

Auch wäre sie im Ergebnis für den Schuldner, im Falle der Verpfändung also den Besitzmittler, höchst unbillig, wenn ohne sein Verschulden die zugegangene Anzeige nicht zu seiner Kenntnis gelangt ist. Der Zwischenzustand, in welchem die Anzeige ihren praktischen Zweck, den Pfandgläubiger zu schützen, nicht zu erfüllen vermag, wird indessen regelmäßig entweder garnicht eintreten oder doch von nur ganz kurzer Dauer sein. Es ist aber grundsätzlich von Bedeutung, daß einerseits eine ohne Anzeige des Verpfänders erlangte Kenntnis des Besitzers von der Verpfändung ein Pfandrecht nicht entstehen läßt, andererseits aber auch seine trotz erfolgter Anzeige bestehende Unkenntnis der Wirksamkeit der Verpfändung keinen Abbruch tut. Die Kenntnis des Besitzmittlers von der Verpfändung ist also für die Entstehung des Pfandrechts weder erforderlich noch ausreichend.

Dritter Teil.

Besondere Fälle.

Im Folgenden sollen eine Reihe von Fällen behandelt werden, in welchen eine Pfandbestellung durch Verschaffung mittelbaren Besitzes erfolgt, wo aber die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen andere sind als in dem bisher behandelten Normalfall, und wo demgemäß zum Teil auch andere Bestimmungen als die des § 1205 II BGB Anwendung finden.

I. Hier ist zunächst der Fall zu erwähnen, daß der Gläubiger, dem das Pfandrecht bestellt werden soll, sich bereits im mittelbaren Besitz der Pfandsache befindet, weil er dieselbe beispielsweise schon vorher mit Zustimmung des Eigentümers im eigenen Namen an einen Dritten vermietet oder verpfändet hatte. Hier ist dieser Dritte nur dem Gläubiger, nicht auch dem Eigentümer, den er garnicht zu kennen braucht, zum Besitz und zur Rückgabe verpflichtet. Eine Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Gläubiger ist daher weder erforderlich noch möglich, da er ihn bereits innehat. Aber auch eine Verpfändungsanzeige des Eigentümers an den Besitzmittler ist hier überflüssig. Sie wäre deshalb sinnlos, weil ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen den Beiden überhaupt noch nicht bestanden hat und weil andererseits an dem bestehenden Verhältnis zwischen Gläubiger und Besitzmittler nichts geändert wird. Vielmehr bleibt der Besitzmittler nach wie vor allein dem Gläubiger gegenüber verpflichtet und weiß auch nur, daß dieser der mittelbare Besitzer ist. Aus welchem Grunde er es ist, braucht der Besitzmittler nicht zu wissen, da ihn das eigentliche Verpfändungsgeschäft, wie schon erwähnt, nichts angeht. Die Verpfändung erfolgt demgemäß durch bloße Einigung zwischen Verpfänder und Gläubiger[1]). Man kann auf diesen Fall die Bestimmung des § 1205 I, Seite 2 anwenden,

1) So RG. in Lpz. Z. 1923, Seite 389; Cosack-Mitt. § 94 2, Id.

wonach die Einigung zur Bestellung des Pfandrechts genügt, wenn der Gläubiger sich bereits im Besitz der Sache befindet. Wenn diese Vorschrift unmittelbar auch wohl nur für den unmittelbaren Besitz gelten soll, so stehen doch ihrer Anwendung auch für den Fall des mittelbaren Besitzes keine Bedenken entgegen.

Als Sonderfall dieser Verpfändung durch brevi manu traditio erwähnt Schmidt a.a.O., Seite 146 den, daß dem Eigentümer, der seine in mittelbarem Besitz befindliche Sache an einen Dritten veräußert, an dieser Sache wegen des Restkaufgeldes von dem Erwerber ein Pfandrecht bestellt werden soll. Hier genügt die bloße Einigung, um den Eigentumsübergang und gleichzeitig die Entstehung des Pfandrechts für den alten Eigentümer zu bewirken. Dieser bleibt dabei nach wie vor mittelbarer Besitzer, das vereinbarte Pfandrecht wirkt gemäß § 930 BGB als Besitzkonstitut für den Eigentumsübergang, und der neue Eigentümer erlangt hierdurch einen mittelbaren Besitz höheren Grades. Da das Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem alten Eigentümer und dem unmittelbaren Besitzer durch diesen Vorgang in keiner Weise berührt worden ist, bedarf es auch hier einer Verpfändungsanzeige des neuen Eigentümers nicht.

II. Nicht unter § 1205 II, sondern unmittelbar unter § 1205 I BGB zu stellen ist der Fall, wo der Verpfänder mittelbarer Besitzer ist, der Besitzmittler jedoch auf seine Anweisung hin dem Gläubiger die Sache übergibt. Hier hat die Übergabe durch den Besitzmittler die gleiche Bedeutung wie die durch den Verpfänder selbst. Schwieriger ist zu entscheiden, welche der beiden Bestimmungen Platz greift, wenn umgekehrt der bisher im unmittelbaren Besitz befindliche Verpfänder dem Gläubiger den mittelbaren Besitz der Sache verschafft. Ist nämlich aus irgendwelchen Gründen die körperliche Übergabe der Sache an den Gläubiger nicht möglich oder nicht tunlich, so kann die Verpfändung dadurch bewirkt werden, daß der Verpfänder vereinbarungsgemäß die Sache einem Dritten übergibt, der dann unmittelbarer Besitzer wird und dem Gläubiger den Besitz vermittelt. Voraussetzung hierfür ist aber, daß zwischen ihm und dem Gläubiger ein Verhältnis entweder schon besteht oder noch begründet wird, das gemäß § 868 BGB geeignet ist, mittelbaren Besitz zu erzeugen. Das kann durch Vereinbarung unter den beiden selbst, sei es vor oder nach erfolgter Sachübergabe, es kann aber auch durch Vereinbarung zwischen Verpfänder und Besitzmittler im Wege des Vertrages zu Gunsten eines Dritten (§ 328 BGB) geschehen. Zwar können grundsätzlich dingliche Rechte nicht durch Vertrag zu Gunsten Dritter bestellt werden. Aber im vorliegenden Fall wird ja auch kein dingliches Recht, sondern lediglich der obligatorische Herausgabeanspruch erzeugt, der dem mittelbaren Besitz zugrundeliegt. Wolff (§ 163 I,1) stellt diesen Fall der Pfandbestellung unter § 1205 I, m. E. zu Unrecht, denn die Begründung mittelbaren Besitzes kann doch wohl nur der Abtretung

bereits bestehenden mittelbaren Besitzes, nicht aber der Verschaffung unmittelbaren Besitzes gleichgestellt werden[1]). Es liegt also ein Fall des § 1205 II vor[2]). Es muß demnach bei der Übergabe der Sache seitens des Verpfänders zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht er, sondern der Gläubiger mittelbarer Besitzer werden, daß also nur diesem der Herausgabeanspruch zustehen soll. In dieser Erklärung liegt dann auch die gemäß § 1205 II erforderliche Anzeige. Daß es sich gerade um eine Verpfändung handelt, braucht dem Besitzmittler auch hier nicht mitgeteilt zu werden.

Da in dem erwähnten Falle das Besitzmittlungsverhältnis erst durch und zum Zwecke der Verpfändung geschaffen wird, handelt es sich eigentlich um eine Verpfändung durch Besitzkonstitut. Jedoch wird hier nicht wie bei der für die Pfandbestellung unzulässigen Form des Besitzkonstituts der Verpfänder selbst, sondern ein Dritter vereinbarter Besitzmittler. Da hierbei die Voraussetzungen des § 1205 II vorliegen, Gläubigerschutz und Erkennbarkeit also hinreichend gewahrt bleiben, bestehen gegen die Zulässigkeit der Verpfändung mittels eines solchen Besitzkonstituts keine Bedenken. Notwendig ist jedoch, daß der vereinbarte Besitzmittler ein „Dritter" ist. Es kann daher, wenn die Sache dem Verpfänder selbst nicht gehört, nicht etwa der Eigentümer zum Besitzmittler bestellt werden. Denn da gemäß § 1253 BGB das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt, kann es auch nicht begründet werden, solange sie sich noch in der Hand eines dieser beiden befindet. Es geht also beispielsweise nicht, daß der Ehemann an einer zum eingebrachten Gut seiner Ehefrau gehörigen Sache im eigenen Namen dadurch ein Pfandrecht bestellt, daß die Frau die Sache als Besitzmittlerin für den Gläubiger in Verwahr nimmt. Dagegen kann man m. E. nicht ohne weiteres sagen, daß ein Ehegatte grundsätzlich nicht Besitzmittler für einen Gläubiger des anderen Ehegatten an dessen Sache sein könne. Es tritt in einem solchen Falle zwar ein gewisser Mangel an äußerer Erkennbarkeit der Verpfändung ein, der aber bei der Pfandbestellung nach § 1205 II immer vorliegt, weil die Übertragung des mittelbaren Besitzes eine örtliche Veränderung der verpfändeten Sache überhaupt nicht mit sich bringt. Notwendige Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts ist jedoch in einem solchen Falle, daß der Ehegatte, der die Sache für den Gläubiger in Besitz nimmt, den Besitz dergestalt erlangt, daß dem verpfändenden Ehegatten unter normalen Umständen die Möglichkeit genommen ist, sowohl auf die Sache allein einzuwirken, als auch sich Dritten gegenüber ihres lastenfreien Besitzes zu berühmen. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist Tatfrage. Ferner muß zwischen dem Gläubiger und dem

1) Anders wäre es, wenn der Dritte lediglich die Stellung eines Besitzdieners des Gläubigers inne hätte. Dann würde der Gläubiger sofort unmittelbarer Besitzer, und der Fall wäre nach § 1205 I zu behandeln.
2) So Schmidt a.a.O., Seite 143; RG. Warn. 1930, Nr. 69.

Ehegatten, der den unmittelbaren Besitz ausübt, ein konkretes und ernstlich gewolltes Besitzmittlungsverhältnis bestehen, sodaß letzterer aus diesem Verhältnis dem Gläubiger gegenüber verantwortlich ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, können gegen die Gültigkeit eines so bestellten Pfandrechts m. E. keine Bedenken bestehn. Im Falle häuslicher Gemeinschaft der Ehegatten werden sie allerdings regelmäßig nicht vorliegen, aber es ist doch denkbar, daß beispielsweise der Ehemann Wertsachen, die seine Frau einem ihrer Gläubiger verpfändet hat, für diesen aufbewahrt, indem er sie in seinem Büro in den Geldschrank schließt. Die Ansicht Rud. Schmidts, a.a.O., Seite 75 und 144, die Ehefrau könne bei gesetzlichem Güterstande schon wegen der Bestimmung des § 1373 BGB nicht Besitzmittlerin für Pfandgläubiger ihres Ehemannes sein, erscheint mir nicht begründet. Denn kraft seines Verwaltungsrechts kann der Mann lediglich die zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehörigen Sachen in Besitz nehmen; Sachen, die ihr als Pfandhalterin anvertraut sind, gehören aber nicht zum eingebrachten Gut. Jedenfalls ist aber in all diesen Fällen eine strenge Prüfung der Voraussetzungen einer gültigen Pfandbestellung erforderlich.

Zu erwähnen ist hierbei noch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stettin (Recht 1906, Seite 1438, Nr. 3426), wonach eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau die Sachen ihres eingebrachten Gutes nicht dadurch verpfänden kann, daß sie dem Gläubiger ihren Anspruch auf Herausgabe der Sachen gegen ihren Ehemann als unmittelbaren Besitzer überträgt. Als Grund hierfür gibt die, allerdings nur auszugsweise mitgeteilte, Entscheidung an, daß der Anspruch auf Herausgabe nach § 1421 BGB noch nicht entstanden sei. Der bloße Umstand, daß hier Verpfänder und Besitzmittler in einer Hausgemeinschaft lebende Eheleute sind, scheint demnach allein mit Recht noch nicht als hinreichender Grund für die Ablehnung der Gültigkeit des Pfandrechts angesehen worden zu sein.

Ähnlich ist eine Pfandbestellung durch den mittelbaren Besitzer dergestalt möglich, daß dieser seinen Besitzmittler anweist, fortan nicht mehr für ihn, sondern für den Gläubiger zu besitzen und selbst mit diesem ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu vereinbaren[3])[4]). Hier fehlt es an der die Übertragung des mittelbaren Besitzes bewirkenden Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Gläubiger. Diese wird aber dadurch ersetzt, daß der Verpfänder seinen mittelbaren Besitz zugunsten des Gläubigers aufgibt und von diesem dann anschließend ein neuer mittelbarer Besitz begründet wird. Es wird also das gleiche Ergebnis erzielt wie nach § 1205 II. Die Anzeige an den Besitzer wird hier durch die Anweisung an ihn, die ja ein

3) Wolff § 163 Anm. 2a unter Bezugnahme auf RGUrt. in Recht 1926 Nr. 1109.

4) In ähnlicher Weise sah der erste Entwurf die Pfandbestellung durch den mittelbaren Besitzer überhaupt vor. (§ 1147 i. Vbdg. mit § 804 I. Entw.).

Mehr bedeutet, ersetzt. Darüber hinaus liegt darin, daß der Besitzer mit dem Gläubiger ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart, noch ein Anerkenntnis desselben, daß er nunmehr dem Gläubiger verpflichtet ist, wodurch Publizität und Gläubigerschutz verbürgt werden. Voraussetzung ist natürlich auch hier, daß eine gültige Einigung zwischen Verpfänder und Gläubiger über die Pfandbestellung erfolgt ist.

III. Es ist bereits erwähnt worden, daß der Verpfänder nicht notwendig zugleich Eigentümer der Pfandsache sein muß. Hierbei wurde von dem Fall ausgegangen, daß der Verpfänder von dem Eigentümer zur Verpfändung ermächtigt worden sei. Aber auch ohne eine solche Ermächtigung ist ein Pfandrechtserwerb vom Nichteigenümer durch einen gutgläubigen Gläubiger möglich, und zwar mittels Übertragung des unmittelbaren wie auch des mittelbaren Besitzes, da gemäß § 1207 BGB auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums durch Vindikationszession geltende Vorschrift des § 934 BGB entsprechende Anwendung findet. Hiernach wird der Erwerber einer Sache, wenn der Verpfänder mittelbarer Besitzer ist, mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs auch dann Eigentümer, wenn die Sache dem Veräußerer nicht gehört, es sei denn, daß der Erwerber zu diesem Zeitpunkt nicht in gutem Glauben ist. Bei der Verpfändung durch den mittelbaren Besitzer ist außer der Abtretung des Herausgabeanspruches noch die Anzeige an den Besitzmittler gemäß § 1205 II erforderlich. Demgemäß muß, da das Pfandrecht erst mit dieser Anzeige wirksam wird, auch der gute Glaube des Pfandnehmers noch zu diesem Zeitpunkt vorhanden sein. Wenn § 934 BGB den guten Glauben nur für den Zeitpunkt der Abtretung des Herausgabeanspruchs fordert, so liegt das daran, daß die Eigentumsübertragung durch Vindikationszession bereits mit der Abtretung ohne Anzeige an den Besitzer wirksam vollendet ist. Daß das Gesetz aber den guten Glauben grundsätzlich für den Zeitpunkt verlangt, wo die Rechtsänderung wirksam wird, ergibt sich aus § 932, wo es ausdrücklich heißt: „es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist". Der gute Glaube muß also bei einer Verpfändung nach § 1205 II BGB noch im Zeitpunkt des Zugangs der Anzeige vorhanden sein[1]). Ist das Pfandrecht auf diese Weise gutgläubig erworben, so vermag nachträgliche Kenntnis des Pfandgläubigers von der Nichtberechtigung des Verpfänders ihm keinen Abbruch zu tun. Verpfändet also jemand Sachen, die ihm anvertraut sind und die er einem Dritten in Verwahr gegeben hat, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Verwahrer und erstattet der hierzu ermächtigte Gläubiger an diesen die Ver-

1) Planck § 1207, 1b; Staudinger-Kober § 1207, 1b; RGR Kom. § 1207, Anm. 3.

pfändungsanzeige, so kann dessen darauf erfolgende Information, die Sachen gehörten dem Verpfänder garnicht, das mit Zugang der Anzeige bereits entstandene Pfandrecht nicht mehr zerstören. Voraussetzung eines solchen gutgläubigen Erwerbs ist jedoch stets, daß der Verpfänder tatsächlich mittelbaren Besitz hat, denn es wird nur der gute Glaube an das Eigentum des Verpfänders, nicht auch der Glaube an seinen mittelbaren Besitz geschützt. Das Vertrauen des Pfandnehmers auf das Eigentum des Verpfänders wird gerade deshalb für schutzwürdig befunden, weil es sich auf das bestehende Besitzverhältnis stützt. Ist der Verpfänder also garnicht mittelbarer Besitzer und tritt er einen ihm garnicht zustehenden Herausgabeanspruch ab, so kann ein Pfandrecht auch dann nicht entstehen, wenn der Gläubiger ihn gutgläubig für den mittelbaren Besitzer und Inhaber des Herausgabeanspruchs hält[2]).

Jedoch bietet § 934 BGB für diesen Fall eine zweite Möglichkeit des gutgläubigen Rechtserwerbs. War der Verpfänder weder Eigentümer noch mittelbarer Besitzer, so kann der Gläubiger dennoch ein Pfandrecht erwerben, wenn er den Besitz der Sache von dem unmittelbaren Besitzer trotz der rechtlichen Bedeutungslosigkeit der Abtretung des angeblichen Herausgabeanspruchs erlangt; und zwar muß er ihn zur Realisierung dieses Verpfändungsgeschäftes erlangen, nicht nur zufällig aus irgend einem anderen Grunde. Hier wird das Vertrauen des Pfandnehmers auf das Eigentum des Verpfänders deshalb für schutzwürdig befunden, weil der unmittelbare Besitzer der Sache die an sich garnicht bestehende Verpflichtung zur Herausgabe an den Verpfänder dadurch anerkennt, daß er auf Grund von dessen Verfügung dem Pfandnehmer den Besitz einräumt. Daß der Rechtserwerber gerade unmittelbaren Besitz erlangen muß, ist in § 934 BGB nicht gesagt, es genügt demnach auch die Erlangung mittelbaren Besitzes[3]).

Scheinbar wird in diesem Fall, abweichend von den allgemeinen Grundsätzen des BGB, nicht nur der gute Glaube an das Eigentum, sondern auch der an den mittelbaren Besitz und das Bestehen des Herausgabeanspruches geschützt. Das trifft jedoch nicht zu, denn das Pfandrecht entsteht hier ja nur und erst dann, wenn der Pfandnehmer selber Besitzer der Sache wird. Auf den früheren mittelbaren Besitz des Verpfänders und seinen angeblichen Anspruch kommt es hierbei also garnicht an, denn den unmittelbaren Besitz erlangt der Pfandnehmer von dem früheren unmittelbaren Besitzer und den mittelbaren Besitz begründet er erst selber durch Vereinbarung mit diesem. Bei dieser zweiten Möglichkeit des § 934 muß der gute Glaube, entsprechend dem oben Gesagten, auch noch im Zeitpunkt der Besitzerlangung vorhanden sein, da erst mit diesem Zeitpunkt das Recht entsteht.

2) So RGR Kom. § 1207 Anm. 3 unter Anführung einer ungedr. RGE. VII 32/16 vom 14. 4. 1916.

3) So RGZ 89, Seite 349; Rg. in Gruchot, Band 53, Seite 694.

Der wahre Eigentümer der verpfändeten Sache behält in diesen Fällen des gutgläubigen Pfanderwerbs zwar sein Eigentum, es wird jedoch mit dem Pfandrecht belastet. Ist die Sache dem Eigentümer abhandengekommen, so ist ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb an ihr, außer bei Geld und Inhaberpapieren, überhaupt nicht möglich (§§ 1207, 935 BGB).

Wie in § 1207 BGB der gute Glaube an das Eigentum des Verpfänders, so wird in § 1208 das Vertrauen des Pfanderwerbers auf die Lastenfreiheit dieses Eigentums geschützt. Ist nämlich die Pfandsache bereits mit dem Recht eines Dritten belastet, so geht nach dieser Bestimmung das neubegründete Pfandrecht diesem Recht vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger z. Zt. des Pfandrechtserwerbs bezüglich des Rechts nicht gutgläubig ist. Auch hier geht das ältere Recht, ebenso wie gemäß § 1207 das Eigentum, nicht unter, es tritt jedoch im Rang hinter das Pfandrecht zurück. Für den hier allein zu behandelnden Fall der Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes ist von Bedeutung, daß die Vorschrift des § 936 Abs. 3 entsprechende Anwendung findet; demnach erlöschen also etwaige Rechte des Besitzmittlers auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht, wobei es gleich ist, ob dieser Besitzmittler selber unmittelbaren Besitz hat oder seinerseits wieder den Besitz durch einen Unterbesitzer vermittelt erhält. Der Verpfänder kann daher nicht einem Gläubiger, dem er bereits ein Pfandrecht gemäß § 1205 II bestellt hat, dadurch um sein Recht bringen, daß er die Sache unter Verschweigen des bestehenden Pfandrechts nochmals einem gutgläubigen Dritten auf gleiche Weise verpfändet. Tritt er nämlich dem zweiten Gläubiger den Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer ab, und erstattet auch Anzeige an diesen, so erlangt der Gläubiger überhaupt kein Pfandrecht. Denn der Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer steht dem Verpfänder hier garnicht mehr zu, weil er ihn bereits an den ersten Gläubiger abgetreten hat; er kann ihn also nicht noch einmal abtreten und der gute Glaube des zweiten Pfandnehmers an das Bestehen des Herausgabeanspruchs wird ja, wie schon ausgeführt, auch durch § 1207 in Verbindung mit § 934 BGB nicht geschützt. Lediglich dann würde — in analoger Anwendung der zweiten Möglichkeit von § 934 — ein Pfandrecht entstehen, wenn auf Grund dieser zweiten Verpfändung der unmittelbare Besitzer dem gutgläubigen zweiten Pfandnehmer die Sache herausgeben würde; dann ginge dieses neue Pfandrecht dem älteren sogar dem Range nach vor. Abgesehen von diesem sehr unwahrscheinlichen Fall könnte der Eigentümer aber ein weiteres Pfandrecht nur dadurch bestellen, daß er dem neuen Gläubiger seinen Herausgabeanspruch gegen den ersten Pfandgläubiger abträte und diesem die erneute Verpfändung anzeigte. Das auf diese Weise neubegründete Pfandrecht steht aber gemäß § 1208 i. V. mit

§ 936 III dem ersten Pfandrecht im Range auch dann nach. wenn der zweite Pfandnehmer bezüglich desselben gutgläubig war. Im übrigen wird bei einer Verpfändung gemäß § 1205 II ein solcher guter Glaube nur in Ausnahmefällen vorhanden sein können, weil der Besitz des Besitzmittlers ja schon die Vermutung nahe legt, daß ihm ein Recht an der Sache zusteht.

IV. Das gesetzliche Erfordernis der Besitzübertragung zur Bestellung eines Fahrnispfandrechts dient, wie schon bemerkt, nicht allein der Herstellung einer äußeren Erkennbarkeit desselben, sondern es bezweckt daneben auch den Schutz des Pfandgläubigers gegenüber dem Eigentümer; die Pfandsache muß dessen Einwirkungsmöglichkeit tunlichst entzogen werden. Nun kann aber umgekehrt dadurch, daß der Pfandgläubiger den mittelbaren oder unmittelbaren Alleinbesitz hat, der Eigentümer ihm gegenüber in eine schutzlose Stellung geraten, was insbesondere in den Fällen gefährlich wird, wo die Verpfändung, wirtschaftlich gesehen, eine Übersicherung darstellt. Es mußte daher eine Verpfändungsmöglichkeit geschaffen werden, bei welcher beide Teile vor unberechtigten Einwirkungen der Gegenseite geschützt sind. Diese Möglichkeit bietet das Gesetz in § 1206 durch die Verpfändung mittels Einräumung des Mitbesitzes, die sowohl durch Übertragung des unmittelbaren wie auch des mittelbaren Mitbesitzes erfolgen kann. Für den hier allein zu behandelnden Fall des mittelbaren Mitbesitzes bestimmt § 1206: „Anstelle der Übergabe der Sache genügt, falls sie im Besitze eines Dritten ist, die Einrämung des Mitbesitzes, wenn die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann." Diese Bestimmung ist also ihrer Fassung nach nicht, wie man erwarten sollte, eine Ergänzung zu § 1205 II, sondern bezieht sich unmittelbar auf § 1205 I,1, ohne die Existenz von § 1205 II irgendwie zu berücksichtigen. Diese äußere Unabhängigkeit beruht darauf, daß die Bestimmung des heutigen § 1205 II, wie schon erwähnt, erst durch die Kommission für die zweite Lesung in das Gesetz hineingebracht wurde, während der heutige § 1206 inhaltlich schon in § 1147 III des ersten Entwurfs enthalten war und von dort nur in der Fassung geändert übernommen wurde[1]. Inhaltlich müssen wir aber trotz der äußerlichen Verschiedenheit der Fassung, die Pfandbestellung nach § 1206 (2. Fall) als eine Unterart derjenigen nach § 1205 II ansehen. Da nun die in § 1206 geforderte Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes gegenüber der in § 1205 II geforderten Übertragung des mittelbaren Alleinbesitzes zweifellos ein minus darstellt, müssen für die erstgenannte Art der Pfandbestellung im übrigen wohl mindestens die gleichen Erfordernisse bestehen wie für die letzgenannte. Wäh-

1) Protok. III. Seite 441; § 1147 Entwurf I, §§ 1114, 1115 Entw. II. Auf diesen Grund für die verschiedene Fassung von § 1206 (2. Fall) und 1205 II weist auch RGZ. Band 85, Seite 439 hin, ebenso R. Schmidt a.a.O., Seite 150.

rend aber § 1205 II neben der Besitzübertragung noch die Anzeige an den Besitzmittler fordert, verlangt § 1206 (2. Fall) lediglich, daß dem Gläubiger der Mitbesitz übertragen wird. Es liegt auf der Hand, daß das Gesetz, wenn ihm schon der Alleinbesitz zur Wahrung der Publizität des Pfandrechts allein nicht genügt, hierzu erst recht nicht den Mitbesitz allein genügen lassen kann. § 1206 (2. Fall) verlangt nun die Übertragung des Mitbesitzes dergestalt, daß die Herausgabe der im Besitz des Dritten befindlichen Sache nur an Verpfänder und Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann. Es fragt sich, wie dieser Zusatz aufzufassen ist. Soll er lediglich die Art des Mitbesitzes bezeichnen, also vorschreiben, daß schlichter Mitbesitz nicht ausreicht, sondern vielmehr ein qualifizierter, nämlich gesamthänderischer Mitbesitz erforderlich ist, oder fordert er darüber hinaus die Herstellung eines solchen Zustandes, daß der Besitzer die Sache nur noch an beide gemeinschaftlich herausgeben „kann", wobei dieses „Können" als ein rechtliches Dürfen, nicht als ein tatsächliches Können aufzufassen ist[2]). Aus der bereits geschilderten Erwägung heraus, daß die bloße Einräumung des Mitbesitzes nicht genügen kann, erscheint die letztgenannte Auslegung geboten. Hierfür spricht auch die Fassung des § 1206: „... genügt die Einräumung des Mitbesitzes, ... wenn die Herausgabe ... erfolgen kann". Entsprechend heißt es in einer Entscheidung des OLG Stettin (OLGE Band 5, Seite 323), die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes könne in § 1206 nur genügen, wenn „außerdem noch" der Zustand hergestellt werde, daß die Herausgabe nur an die beiden gemeinsam erfolgen könne.

Die Einräumung des mittelbaren gesamthänderischen Mitbesitzes erfolgt wie die Übertragung des mittelbaren Alleinbesitzes gemäß § 870 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den unmittelbaren Besitzer, allerdings nicht durch eine volle, sondern nur eine teilweise Abtretung, oder, wie Beseler („Abgeschwächte Zession", Arch. f. d. ziv. Pr., Band 110, Seite 117) es nennt, eine „Zession abgeschwächten Rechtes". Planck (§ 1206 b) hält ebenso wie eine Entscheidung des OLG Posen (OLGE, Band 34, S. 218) eine einfache Zession hier nicht für ausreichend, da durch die Begründung eines gesamthänderischen Mitbesitzes eine gespaltene Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers gegenüber zwei Berechtigten geschaffen und hierdurch das dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende Schuldverhältnis innerlich verändert werde. Demgemäß hält er eine Vereinbarung der Pfandvertragsparteien mit dem unmittelbaren Besitzer für erforderlich. Indessen scheint mir hier gar keine Veränderung des Anspruchsinhalts vorzuliegen; dieser besteht vielmehr nach wie vor in der Herausgabe der Sache. Verändert wird hier, wie bei jeder Zession, nur die Person des Gläubigers, indem an die Stelle einer Einzelperson die gesamthänderische Gemeinschaft zweier Personen tritt. Hierin kann allerdings für den unmittelbaren

2) RGZ 85, Seite 439.

Besitzer eine gewisse Unbequemlichkeit liegen, aber diese Unbequemlichkeit muß er, wie Schmidt (a.a.O., Seite 148) betont, ebenso ertragen, wie in den Fällen, wo der Anspruchsgläubiger von mehreren Personen beerbt wird oder den Anspruch an eine Gesellschaft des BGB abtritt. Auch Beseler (a.a.O., Seite 117) hält eine solche abgeschwächte Zession, quia in maiore minus, für bedenkenfrei.

Mit Abschluß des Abtretungsvertrages wird also der mittelbare Mitbesitz begründet. Aber dieser Besitzübergang bringt allein noch nicht den Zustand hervor, daß der Besitzmittler nur noch an Pfandgläubiger und Verpfänder gemeinsam herausgeben kann, wenigstens nur noch mit befreiender Wirkung herausgeben kann Um diesen, gemäß § 1206 erforderlichen Zustand herbeizuführen, muß vielmehr zu der bloßen Besitzübertragung noch etwas anderes hinzukommen. Diese Feststellung deckt sich mit der bereits oben getroffenen, daß, wenn in § 1205 II zu der Besitzeinräumung noch die Anzeige treten muß, für § 1206 (2. Fall) mindestens das Gleiche zu gelten hat, da Mitbesitz an sich schon weniger ist als Alleinbesitz. Auch in § 1205 II diente die Anzeige dem Zweck, gemäß § 407 BGB dem Besitzmittler die Möglichkeit zu nehmen, die Sache noch mit befreiender Wirkung an den Verpfänder herauszugeben. Es liegt daher nahe, auch im 2. Fall des § 1206 eine Anzeige an den Besitzmittler für erforderlich zu halten. Hiergegen bestehen allerdings gewisse Bedenken. Denn nach § 407 BGB ist es ausreichend und erforderlich, daß der Anspruchsschuldner von der Abtretung Kenntnis erlangt hat. Diese Kenntnis kann er aber im Einzelfalle auch auf anderem Wege als durch eine Anzeige des Verpfänders erlangen, andererseits kann er sie unter besonderen Umständen auch einmal trotz Erstattung und Zugang einer solchen Anzeige nicht erhalten. Bei § 1205 II tauchten diese Bedenken deshalb nicht auf, weil hier die Anzeige allein vom Gesetz vorgeschrieben und demgemäß auch allein sowohl erforderlich als ausreichend war. Indessen ist dem Einwand, daß bereits eine zufällig erlangte Kenntnis des Besitzmittlers den gemäß § 1206 erforderlichen Zustand herbeizuführen vermöge, entgegenzuhalten, daß das Gesetz unmöglich die Entstehung eines vertraglichen Pfandrechts an einen solchen Zufall hat knüpfen wollen. Eine zufällige Kenntnisnahme des Besitzmittlers kann daher zur Begründung eines Pfandrechts nach § 1206 (2. Fall) keineswegs ausreichen. Schwerwiegender ist schon das Bedenken, daß eine wirksame Anzeige nicht auch notwendig stets die nach § 407 BGB erforderliche tatsächliche Kenntnis hervorzurufen braucht. Wer allerdings, wie Rud. Schmidt, der hier abgelehnten Ansicht folgt, daß in § 407 der Zugang einer Zessionsanzeige auch ohne Kenntnisnahme genügen müsse, bleibt von diesem Bedenken verschont. Aber auch ohne dies vermag es nicht durchzugreifen. Denn wenn es auch unter besonderen Umständen möglich ist, daß trotz Zugangs einer Anzeige einmal keine Kenntnis des Be-

sitzmittlers von der Besitzverschiebung erzielt wird, so ist dies doch die regelmäßige Folge der Anzeige, und von diesem regelmäßigen Fall muß man bei der Auslegung des Gesetzes ausgehen. Andernfalls dürfte man eine Anzeige nicht genügen lassen, sondern müßte eine Vereinbarung des Verpfänders mit dem Besitzmittler fordern, worin dieser sich verpflichtet, die Sache nur an Verpfänder und Gläubiger gemeinsam herauszugeben, da nur hierdurch die unbedingte Sicherheit geschaffen würde, daß er sie nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Gläubiger allein herausgeben könnte[3]). Es wäre aber m. E. ein ebenso unbefriedigendes Ergebnis, wenn man auf diese Weise die Verpfändung nach § 1206 von einer Mitwirkung des Besitzmittlers abhängig machen wollte, wie wenn man ihre Wirksamkeit von dem zufälligen Umstand der tatsächlichen Kenntnisnahme abhängen lassen wollte. Was aber vor allem dafür spricht, die Anzeige an den Besitzmittler neben Einigung und Besitzeinräumung für allein ausreichend und erforderlich anzusehen, ist die Parallelität mit § 1205 II. Wenn die Anzeige in § 1205 II genügt, um die Erkennbarkeit zu wahren, trotzdem sie hier die gleichen Schwächen hat, so ist nicht einzusehen, warum sie im zweiten Fall des § 1206 nicht ausreichen soll. Hiernach wird also die Verpfändung mittels Verschaffung des mittelbaren Mitbesitzes durch Einigung, Abtretung des abgeschwächten Rechts und Anzeige an den Besitzmittler bewirkt[4]). Daß eine Kundgebung des Verpfänders an den Besitzmittler erforderlich ist, daß es also nicht genügt, wenn der Gläubiger und der Besitzmittler ohne besondere Ermächtigung eine Vereinbarung über den Mitbesitz treffen, hat auch das Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 85, Seite 439 und in LZ. 1915, Seite 215 betont. Hingegen stellt eine Vereinbarung zwischen Verpfänder und Besitzmittler ein Mehr gegenüber der bloßen Anzeige dar und ersetzt sie daher vollkommen. Im übrigen gilt von der Anzeige des § 1206 (2. Fall) entsprechend das Gleiche wie von der des § 1205 II.

Wir hatten bis jetzt den Fall behandelt, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung bereits mittelbarer Besitzer war. Praktisch bedeutsamer ist jedoch der Fall, wo der Verpfänder bisher selber unmittelbaren Besitz hatte, und erst zum Zweck der Verpfändung die Sache einem Besitzmittler übergibt. Hier wird das Besitzmittlungsverhältnis von Anfang an so gestaltet, daß der Besitzmittler die Sache nur an Verpfänder und Pfandgläubiger gemeinschaftlich herausgeben darf. Demgemäß wird hier diese Pflicht des Besitzmittlers nicht durch eine Zession, sondern durch seinen Vertrag mit dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger begründet. Einer Anzeige bedarf es dann nicht mehr, da sie ja in der Vereinbarung

3) Dies fordern auch Planck-Brodmann § 1206 Cosack-Mitteis § 94 II 1c, Crome 3, Seite 822.
4) Wolff § 163c; R .Schmidt a.a.O., Seite 150; wohl auch Warneyer § 1206 II; Staub § 368 Anm. 10; Gierke II. Band, Seite 975 Anm. 23.

enthalten ist. Es genügt auch, daß der Verpfänder allein sich mit dem Besitzmittler über dessen Herausgabepflicht einigt, und so der Herausgabeanspruch des Gläubigers im Wege des Vertrages zugunsten Dritter begründet wird. Die Stellung des Besitzmittlers, den man hier als Pfandhalter bezeichnet, ist ähnlich der eines Treuhänders. Ebenso wie im Falle des § 1205 II muß er „Dritter" sein; es kann also nicht, wenn der Verpfänder nicht zugleich Eigentümer ist, der Eigentümer zum Pfandhalter bestellt werden. Auch muß seine Besitzlage der des Verpfänders unbedingt überlegen sein. Der Verpfänder darf nicht etwa neben ihm noch unmittelbaren schlichten Mitbesitz behalten[5]). Aus diesem Grunde wird in einer Entscheidung OLGE, Band 5, Seite 323 die Entstehung eines Pfandrechts in einem Falle verneint, wo die Ehefrau des Verpfänders zur Pfandhalterin bestimmt war, während praktisch der Verpfänder die tatsächliche Herrschaft über die verpfändeten Möbel auch weiterhin ausüben konnte, also mindestens unmittelbarer Mitbesitzer geblieben war. Der selbe Fall kann leicht eintreten, wenn ein Angestellter des Verpfänders zum Pfandhalter bestellt wird. In solchen Fällen ist, genau wie bei § 1205 II, stets zu prüfen, ob auch tatsächlich dem Verpfänder die Möglichkeit genommen ist, allein auf die Pfandsache einzuwirken.

Auch bei § 1206 (2. Fall) ist eine Verpfändung durch brevi manu traditio denkbar. Hat der Gläubiger bereits den nach § 1206 erforderlichen mittelbaren Mitbesitz, etwa weil ihm die Sache bereits wegen einer anderen Forderung auf diese Weise verpfändet ist, so genügt zu einer neuen Verpfändung die bloße Einigung zwischen ihm und dem Verpfänder. Wird die Sache nicht auf Grund eines Besitzmittlungsverhältnisses einem Dritten zu unmittelbarem Besitz übergeben, sondern einem gemeinsamen Besitzdiener anvertraut, der nur den vereinigten Weisungen des Verpfänders und des Pfandgläubigers folgen darf, so liegt nicht der zweite, sondern der erste Fall von § 1206 vor[6]), da hier die Pfandvertragsparteien unmittelbare Mitbesitzer werden und die Bindung des Besitzdieners an nur gemeinsame Weisungen den Mitverschluß ersetzt. R. Schmidt a.a.O. hält diesen bei Wolff[7]) erwähnten Fall der Pfandbestellung überhaupt für unmöglich, weil ein Besitzdiener nicht die Rechte des einen Mitbesitzers gegenüber dem anderen wahrnehmen könne. Indessen trifft dieser Grund bei einem solchen gesamthänderischen Besitzdienerverhältnis, wo der Besitzdiener nur gemeinsamen Anweisungen folgen darf, nicht zu; praktisch ist jedoch ein solches Verhältnis wohl kaum denkbar.

V. Ein im kaufmännischen Verkehr sehr wichtiger Fall einer Pfandbestellung durch den mittelbaren Besitzer liegt schließlich dann

5) So Dür.-Hach. Vorbem. zu § 368 Anm. 49 a; OLGE 12, Seite 138.
6) So Dür.-Hach. Vorbem. zu § 368 Anm. 49a; Wolff § 163 1c A. 9.
7) Wie zu 6).

vor, wenn die Verpfändung mittels eines sog. Dispositions- oder Traditionspapiers erfolgt. Bei diesen Papieren (Ladeschein, Lagerschein und Konossement, §§ 424, 450, 647 HGB), die über die Verfrachtung oder Einlagerung von Waren ausgestellt und durch Indossament übertragen werden können, hat die Übergabe des indossierten Papiers an den Indossatar die gleichen rechtlichen Wirkungen wie die Übergabe der Waren selbst. Indessen vermag hier der legitimierte Inhaber des Papiers nur rechtlich, nicht auch tatsächlich auf die betreffenden Sachen einzuwirken. Die tatsächliche unmittelbare Sachherrschaft übt demnach nur der Lagerhalter bzw. Frachtführer aus; er ist daher auch allein unmittelbarer Besitzer und vermittelt erst dem Papierinhaber den Besitz. Die Verpfändung der Ware erfolgt jedoch, trotzdem der Verpfänder nur mittelbaren Besitz hat, entsprechend § 1205 I BGB durch Einigung und Übergabe des indossierten Papiers, das hier an die Stelle der Pfandsache tritt. Einer Anzeige an den Besitzer bedarf es in diesem Falle also nicht. Wenn ein Dispositionspapier über die Ware ausgestellt ist, kann sogar eine Verpfändung nach § 1205 II, also mittels Besitzübertragung und Anzeige an den Besitzmittler, ohne Übergabe des Papiers garnicht erfolgen[1]). Denn eine Besitzübertragung durch einfache Abtretung des Herausgabeanspruches ist hier deshalb unmöglich, weil nach Absicht der Beteiligten ein solcher Anspruch außerhalb der Urkunde garnicht besteht[2]). Der Aussteller des Papiers will nämlich den Besitz eben nur für den legitimierten Papierinhaber ausüben, denn nur ihm braucht er gegen Rückgabe der Urkunde die Ware herausgeben. Voraussetzung einer solcher Verpfändung durch Papierübergabe ist jedoch, daß ein echtes Traditionspapier i. S. der §§ 424, 450, 647 HGB vorliegt[3]), und daß es ordnungsmäßig indossiert ist. Auch hier ist zu beachten, daß, wie schon oben ausgeführt, nur individuell bestimmte Sachen, nicht auch mengenmäßig bestimmte Teile einer Sachgesamtheit, auf diese Weise verpfändet werden können.

1) Jacobi i. Ehrb. Hdb. IV, Seite 547; Dür.-Hach. Vorbem. zu § 368 A. 51, Planck § 1292,2; Staub Anm. 10 zu § 365.
2) Dür.-Hach. Vorbem. zu § 368 Anm. 51.
3) Also z. B. kein Pfandschein; vgl. Seuff. Bl. f. RAnw. Band 73, S. 867.

Lebenslauf.

Am 31. Juli 1910 wurde ich als Sohn des damaligen Ersten Gemeindesekretärs Wilhelm Witte und seiner Ehefrau Elfriede geb. Pohlig zu Vohwinkel geboren. Ostern 1928 bestand ich am Helmholtzrealgymnasium zu Essen die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich an den Universitäten in Marburg, Berlin und Münster Rechts- und Staatswissenschaft. Am 23. Februar 1932 bestand ich vor der Prüfungskommission des juristischen Prüfungsamtes bei dem Oberlandesgericht in Hamm i. W. die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. April 1932 bin ich als Referendar im Bezirk des Landgerichts in Essen, zur Zeit beim Amtsgericht in Essen, beschäftigt.